المحيط البرهاني

لمسائل المبسوط والجامعين والسير والزيادات والنوادر
والفتاوى والواقعات مدللة بدلائل المتقدمين رحمهم الله

تأليف

الإمام برهان الدين أبي المعالي محمود بن صدر الشريعة بن مازه البخاري

رحمه الله تعالى ٥٥١ هـ - ٦١٦ هـ

عني به وحققه

نعيم أشرف نور أحمد

المجلد الخامس عشر

إدارة القرآن   المجلس العلمي

الجامع.

١٥٩٦٧ - وفي حوالة الأصل: المحيل لا يصلح وكيلا عن المحتال له بقبض الدين عن المحتال عليه. أما على قول من يقول: بأن الحوالة تنقل المطالبة لا تنقل الدين، فلأن الدين باق في ذمة المحيل، فهو بهذا القبض يفرغ ذمته عن الدين، فكان عاملا لنفسه، فلا يصلح وكيلا. وأما على قول من يقول: بأن الحوالة تنقل الدين فلأن المحيل برئ عن الدين، ولكن براءته موقوفة، وبالقبض من المحتال عليه، والدفع إلى المحتال له يستفيد براءة مؤبدة، فكان في هذا القبض عاملا لنفسه، فلا يصلح وكيلا. فعلى هذا(١) المسألة إشكال على مسألة أول هذا الفصل، ومسألة أول هذا الفصل إشكال على هذه المسألة.

١٥٩٦٨ - وفي نوادر بشر عن أبي يوسف: إذا كان بالمال كفيل، فوكله الطالب بقبضه من المطلوب، فقبضه لم يجز قبضه، وإن هلك عنده فلا ضمان عليه؛ لأنه رسول، ولم يقبضه لنفسه.

١٥٩٦٩ - وفي نوادر ابن سماعة عن محمد: رجل باع عبد رجل بغير أمره، فقال صاحب العبد للمشتري: قد وكلتك بإجازة البيع لنفسك، فأجازه، لم يجز.

١٥٩٧٠ - وفي المنتقى: رجل أمر عبده أن يبيع نفسه من رجل، ففعل، فهو جائز، وليس له قبض الثمن، والمولى هو الذي يلي القبض، قال ثمة: ألا يرى أن رجلا لو أمر عبده أن يبيع هذا الثوب من فلان، ففعل، ثم إن المولى باع عبده ذلك، لا سبيل للعبد على الثمن، وللمولى أن يقبضه.

١٥٩٧١ - وفي نوادر ابن سماعة عن أبي يوسف: إذا باع المضارب عبدا اشتراه بمال المضاربة من رجل، فوكل المشتري رب المال بقبضه لم يجز، وكذلك لو وكل المشتري شريك البائع بقبضه منه وهو مفاوضه، أو وكل شريك عنان، وهو من تجارتهما، قال ثمة: كل من كنت(٢) أجيز بيعه في العبد لا يكون وكيلا لمشتريه في قبضه، ورب المال له أن يبيع عبدا في يد المضارب من المضاربة، فلا يصح وكيلا للمشتري في

(١) هكذا في جميع النسخ، ولكن في حاشية ط: فعلى هذه.

(٢) هكذا في ط، وكذا في الأصل: كل من كنت أجيز بيعه في العبد ... إلخ، وفي ف: كل من كنت أجيز بيعه في العبد ... إلخ، وفي م: كل من كنت أجيز بيعه في العبد ... إلخ

نفسه .

١٥٩٧٢- وفيه أيضاً : رجل اشترى من رجل عبداً ، ثم وكل عبد البائع بقبضه منه ، جاز ، ولو كان اشترى من عبد مأذون ووكل مولاه بقبضه منه لم يجز إلا أن يكون عليه دين ، فيجوز توكيله بقبضه ؛ لأن المولى[1] لا يقدر على بيع عبده المأذون إذا كان عليه دين ، فإن أبرأه الغرماء من الدين بطلت وكالة المولى .

١٥٩٧٣- وفي "نوادر بشر" عن أبي يوسف : رجل في يديه عبد مقر بالرق ، ادعى هذا العبد أن فلاناً الغائب اشتراه من مولاه هذا بألف درهم ، ونقده الثمن ، لم يقبل ذلك منه ، وإن أقام بينة أن المشتري وكله بالخصومة ، قبلت ذلك منه ، وجعلته خصماً فيه ، ولو قال العبد : كنت عبداً لفلان ، فباعني منك بألف درهم ، ووكلني بقبض الثمن ، وأقام البينة على ذلك ، قبلت منه إلا أن لمولاه أن يمنعه من الخصومة ، فإن لم يمنعه ، فالوكالة جائزة ، وله أن يقبض الثمن ، ويبرئ المولى منه .

١٥٩٧٤- وفي "المنتقى" : الحسن بن زياد عن أبي حنيفة : الرجل يكون وكيلا في قبض ما على ابنه ومكاتبه إلا أنه لا يصدق على قبضه إلا ببينة ، ولا يكون وكيلا في قبض ما على مأذونه ؛ لأنه يشتري عبده بقبض ذلك وإبراء عبده ، وما يخلص بإبراء العبد يخلص للمولى كإبراء نفسه ، والمولى لا يصلح وكيلا بإبراء نفسه ، فكذا هذا ، هكذا ذكر شيخ الإسلام في شرح كتاب "المأذون" ، وهذا التعليل يخالف رواية "الجامع" فيما إذا وكل رب الدين المديون بإبراء نفسه .

١٥٩٧٥- ويجوز للعبد المأذون أن يوكل مولاه بالخصومة مع الأجنبي ، سواء كان العبد مدعياً أو مدعى عليه ، ولا يكون المولى وكيلا عن الأجنبي في الخصومة مع مأذونه ، سواء كان العبد مدعياً أو مدعى عليه .

١٥٩٧٦- في "المأذون الكبير" : وإذا وكل صبياً محجوراً بأن يبيع عنه ، أو وكله بأن يشتري له شراء ، فباع شيئاً واشترى ، جاز إذا كان يعقل ذلك ، ولا عهدة على الصبي ، وإنما العهدة على الآمر . هكذا ذكر محمد في وكالة "الأصل" ، وكذا لو وكل صبياً بالخصومة جاز ، بعد أن يكون الصبي بحيث يعقل ما يقول ، وما يقال له ، وهذه

(١) وفي م : الموكل .

المسألة في الفصل على وجهين: إما أن يوكل صبيه أو صبي غيره، فإن وكل صبيه جاز، ولا يستأمر أحدا. وإن وكل صبي غيره، إن كان مأذونا في التجارة، لا يستأمر وليه، وإن كان محجورا يستأمر وليه، فإن أذن له وليه جاز له أن يوكله، وهذا لأن استعمال صبي الغير بغير إذن الولي لا يجوز، وبإذنه يجوز.

قالوا: وفي هذه المسألة رواية أن للأب أن يعير ولده، وقد اتفق عليه المشايخ، وهل له أن يعير مال ولده؟ بعض المتأخرين قالوا: له ذلك، وعامة المشايخ على أنه ليس له ذلك.

ثم إن محمدا جوز بيع الصبي المحجور عليه، وشراءه لغيره، ولم يجوز بيعه وشراءه لنفسه؛ لأن بيعه وشراءه لنفسه يتردد بين الضرر والنفع، والصبي لم يؤذن بالتصرفات الدائرة بين الضرر والنفع، أما بيعه وشراؤه لغيره على وجه لا يلزمه العهدة، نفع محض؛ لأن فيه تصحيح عبارة الصبي، والصبي العاقل من أهل التصرفات النافعة المحضة، كقبول الهبة وغير ذلك، وإنما لا يلزمه العهدة؛ لأن فيه إضرارا بالصغير.

هذا إذا كان الصبي محجورا، فإن كان مأذونا له في التجارة، فإن كان وكيلا بالبيع بثمن حال، أو بثمن مؤجل، فإنه جاز بيعه، وأما إذا كان وكيلا بالشراء، إن كان وكيلا بالشراء بثمن مؤجل، لا يلزمه العهدة قياسا واستحسانا، بل يكون العهدة على الآمر، حتى إن البائع يطالب الآمر بالثمن دون الصبي، وذلك لأن ما يلزمه من العهدة ضمان كفالة، وليس بضمان ثمن؛ لأن ضمان الثمن ما يفيد الملك للضامن في المشترى، وضمان الثمن ههنا لا يفيد الملك للضامن في المشترى، إنما هنا يلزم مالا في ذمته ليستوجب مثل ذلك على موكله، وهذا هو معنى الكفالة، والصبي المأذون يلزمه ضمان الثمن، أما لا يلزمه ضمان الكفالة.

وأما إذا وكله بالشراء بثمن حال، فالقياس أن لا يلزمه العهدة، وفي الاستحسان: يلزمه؛ لأن ما يلزمه ضمان ثمن؛ لأن ضمان الثمن ما يفيد الملك في المشترى، وههنا الصبي بما يلتزم من الضمان يملك المشترى من حيث الحكم والاعتبار، فإنه يحبسه بالثمن حتى يستوفي من الموكل، كما لو اشترى لنفسه، ثم باع منه، والصبي المأذون من أهل أن يلزم ضمان الثمن، بخلاف ما إذا كان الثمن مؤجلا؛ لأنه ثمة يضمن

من الثمن لا يملك المشتري، لا من حيث الحقيقة ولا من حيث الحكم، فإنه لا يملك حبسه بذلك، فكان ضمان كفالة من حيث المعنى.

والجواب في العبد إذا وكل ببيع أو شراء على التفصيل الذي ذكرنا في الصبي، إن كان العبد محجوراً، جاز بيعه وشراءه، ولا يلزمه العهدة، وإن كان مأذوناً، وكان وكيلا بالبيع، يلزمه العهدة على كل حال، وإن كان وكيلا بالشراء، إن وكله بثمن مؤجل لا يلزمه العهدة قياساً واستحساناً، وإن وكله بثمن حال، يلزمه العهدة استحساناً. والجواب في المكاتب نظير الجواب في العبد المأذون؛ لأن المكاتب يلتزم ضمان التجارة، ولا يلتزم ضمان الكفالة.

١٥٩٧٧ - وفي "المنتقى": بشر عن أبي يوسف: رجل أمر عبداً محجوراً عليه، أو صبياً محجوراً عليه أن يشتري له متاعاً، فاشترى، فإن كان نقد الآمر الثمن جاز، وإن كان لم ينقد الثمن، وكان غائباً، أو كان حاضراً، فقال: أنا أنقد المال، وقد رضيت بالشراء، وأنا أمرته به، فالبائع بالخيار، إن شاء ألزمه البيع، وأخذه بالمال، وإن شاء قال: لا حاجة لي أن يكون المال عليك، إذا لم يكن على من اشتراه شيء.

١٥٩٧٨ - وإذا وكل مجنوناً، إن كان لا يعقل البيع والشراء، لا يجوز، وإن كان يعقل البيع والشراء، بأن كان جنونه في شيء آخر، فباعه صح التوكيل، وإذا باع جاز بيعه، إلا أنه لا يلزمه العهدة، نص عليه في وكالة "الأصل".

وذكر في كتاب الرهن: العدل إذا جن إلا أنه يعقل البيع والشراء، بأن كان جنونه في شيء آخر فباعه لا يجوز بيعه، فمن المشايخ من قال: على قياس ما ذكر في كتاب الوكالة: يجب أن يجوز بيع العدل، وإليه مال شمس الأئمة الحلواني، ومن المشايخ من فرق، وإليه مال شيخ الإسلام؛ لأن التوكيل في فصل العدل حصل وهو كامل الرأي، وفي مسألة الوكالة حصل مع نقصان رأيه.

١٥٩٧٩ - وفي وكالة "المنتقى": بشر عن أبي يوسف وعيسى عن محمد: رجل أمر رجلا أن يشتري له عبداً بألف درهم، فصار الوكيل معتوهاً، إلا أنه يعقل البيع والشراء والحفظ، فاشترى ما أمره به وهو معتوه، لم يجز شراءه على الآمر إلا بأمر جديد، قال في رواية بشر: وليس هذا كأمره إياه وهو معتوه، فقد أشار إلى الفرق الذي

ذكر في سير الإسلام، قال في رواية عيسى: وكذلك لو أذن له أبوه في التجارة، فصار معتوهًا لم يجز شراؤه.

١٥٩٨٠ - وإذا وكل الرجل صبيًا لا يعقل، أو وكل مجنونًا لا يعقل بالبيع، ثم أفاق، هل يصير وكيلا من غير توكيل جديد؟ لم يذكر محمد هذه المسألة في كتاب الوكالة، وذكر في كتاب الرهن: إذا كان العدل صغيرًا أو كبيرًا لا يعقل، وسلط على البيع، ثم كبر وعقل وباع جاز. قال الفقيه أبو جعفر: ما ذكر في العدل يصير رواية في الوكيل بالبيع المفرد أنه يصير وكيلا إذا أفاق، قال الفقيه هذا، وقد روي أنه لا يصير وكيلا إلا بتجديد الوكالة، فعلى ما ذكر الفقيه هذا تكون مسألة الوكيل بالبيع المفرد ومسألة العدل على روايتين.

وذكر شمس الأئمة السرخسي: أن ما ذكر في كتاب الرهن في مسألة العدل قول أبي يوسف ومحمد، أما على قول أبي حنيفة: لا يجوز بيعه إذا أفاق، فعلى ما ذكره شمس الأئمة السرخسي مسألة الوكيل بالبيع المفرد يكون على الخلاف أيضًا.

١٥٩٨١ - وفي نوادر بشر عن أبي يوسف: إذا صار الوكيل بالشراء معتوهًا، إلا أن مثله يقبض ويحفظ، فقبض المشتري بعد ذلك، إن كان قبضه بغير أمر الآمر، فهلك في يده، فللبائع على المعتوه الثمن في ماله، ويرجع به على الآمر، وللآمر على المعتوه؛ لأن المعتوه قد قبض من المشتري، فوجب الثمن عليه للبائع، ووجب له على الآمر مثل ذلك، ولم يكن للمعتوه أن يقبض المشتري على الآمر بعدما صار معتوهًا، إلا أن يأذن له الآمر إذنًا مستقبلا.

الفصل الخامس

في بيان من يصح منه التوكيل ومن لا يصح

١٥٩٨٢ - قال محمد في «الأصل»: وإذا وكل الصبي رجلاً يبيع له أو يشتري، لا يجوز، وأراد به الصبي المحجور؛ لأنه لو باع لنفسه، أو اشترى لنفسه لا يجوز، فكذا لا يجوز توكيله به، أما الصبي المأذون لو باع لنفسه، أو اشترى لنفسه يجوز فكذا يجوز توكيله به.

والمعتوه المغلوب إذا وكل رجلاً يشتري له شيئاً، أو يبيع له شيئاً لا يجوز؛ لأن المعتوه في حق التصرفات الدائرة بين الضرر والنفع بمنزلة الصبي.

والمجنون الذي يجن ويفيق إذا كان وكل في حال جنونه لا يصح؛ لأن المجنون عديم العقل، فكان أدنى حالاً من الصبي، وإن وكل في حال إفاقته يجوز. قالوا: هذا إذا كان لإفاقته وقت معلوم، حتى يعرف إفاقته من جنونه بيقين، فأما إذا لم يكن لإفاقته وقت معلوم لا يجوز؛ لأن المجنون قد يفعل ما يفعله العقلاء، فإذا لم يكن لإفاقته وقت معلوم لا يعرف زوال جنونه بيقين، فلا نحكم بزوال الحجر.

الفصل السادس

في بيان ما يجوز من الوكالات وما لا يجوز

١٥٩٨٣ - ولا يجوز التوكيل باستيفاء القصاص وحد القذف في حال غيبة الموكل عنهما؛ لأن الاستيفاء حال غيبته لا ينفك عن شبهة، أما القصاص فلأن من الجائز أن الموكل قد عفى، وأما حد القذف فلأن من الجائز أن الموكل قد مات، ولا استيفاء مع الشبهة في الحدود والقصاص.

وأما الوكالة بإثبات الحدود والقصاص والخصومة فيهما، جائز عند أبي حنيفة ومحمد، وقال أبو يوسف: لا يجوز، هذه الجملة من القدوري، والمراد من هذا الحد حد القذف وحد السرقة على وجه موجب القطع، أما التوكيل بإثبات السرقة على وجه لا يكون موجبه القطع، جائز بالإجماع في شرح وكالة "الأصل".

وفي بعض النسخ في فصل التوكيل بإثبات حد السرقة: أن الموكل إن كان يدعي المال، فالتوكيل صحيح بالاتفاق، وبعض أصحابنا قالوا: بأن هذا الخلاف فيما إذا كان الموكل غائبًا وقت خصومة الوكيل، أما إذا كان حاضرًا جاز بلا خلاف؛ لأن كل كلام من الوكيل عند حضرة الموكل ينتقل إلى الموكل، إذا لم يكن فيه عهدة على المتكلم، كما في النكاح.

وفي "المنتقى" الحسن عن زفر: ولا تجوز الوكالة في شيء من الحدود والقصاص، لا لطالب ولا للمطلوب، رواه عن زفر، وبه أخذ الحسن. وفيه أيضًا: وقال أبو يوسف: وتقبل الوكالة في القصاص والدم، وإذا ثبت الحق لم يكن للوكيل أن يستوفي حتى يجيء صاحب الحق، فيكون هو الذي يستوفي. وفي "شرح الأصل": التوكيل بدفع القصاص من جهة المطلوب على الخلاف الذي ذكرنا في التوكيل بإثبات الحد والقصاص، ولكن إذا أقر الوكيل على موكله بالقصاص لا يستوفى القصاص عندهما

ويجوز التوكيل بالمبايعات والأشربة والإجارات والنكاح والطلاق والخلع

ذمته؛ لأن إيجاب الثمن مع تملك[1] المشتري لا يجوز.

فإن قيل: أليس أن التوكيل بقبض الهبة صحيح، وإنه أمر بقبض مال الغير؟ قلنا: التوكيل بقبض الهبة ما صح من حيث إنه أمر بقبض مال الغير، وإنما صح من حيث إنه أمر بالتصرف في عبارته، فإنه أمره بأن يجعل عبارته موجبة للملك بالقبض بعد ما لم يكن موجبة، وعبارته ملكه.

فيمن مسألة الهبة من مسألتنا أن استقرض لو وكل رجلاً بقبضه، وهناك يجوز التوكيل، لا من حيث إنه أمره بقبض ملك الغير، ولكن من حيث إنه أمره بالتصرف في عبارته بأن يجعلها موجبة للملك بعد أن لم يكن، فأما هنا بخلافه، وإذا بطل التوكيل صار وجوده والعدم بمنزلة، فيصير المأمور مستقرضاً لنفسه، فكان ما استقرض من الدراهم له، فله أن يمنعها عن الآمر، ولا يصير ضامناً للرهن.

١٥٩٨٤ - وإذا دفع الرجل إلى رجل مئة درهم، وأمره أن يقرض فلاناً، ويأخذ منه بذلك رهناً، فهذا على وجهين: إما أن يجعله رسولاً في ذلك، بأن قال له: اذهب إلى فلان، وقل له: إن فلاناً أقرضك هذا المال على أن تعطيه بها رهناً، وأمرني أن أقبض الرهن منك. وفي هذا الوجه إذا بلغ الرسالة، وأعطاه المائة، وقبض الرهن كان للآمر أن يقبض الرهن من الرسول؛ لأن الرسول ناقل عبارة المرسل، فكأنه أقرض بنفسه، وارتهن بنفسه، فإن هلك الرهن في يد الرسول يهلك من مال الآمر؛ لأن يد الرسول يد المرسل، فكأنه هلك في يد المرسل.

الوجه الثاني: إذا جعله وكيلاً بأن قال له: وكلتك بأن تقرض أنت بهذه المائة فلاناً، وتأخذ به رهناً][2]، وفي هذا الوجه إذا أقرض، وأخذ الرهن لا يكون للموكل أن يأخذ الرهن من الوكيل؛ لأن الوكيل أضاف العقد إلى نفسه، فيكون حقوق العقد له، والحبس من حقوقه، فيكون للوكيل، وإن هلك الرهن في يد الوكيل هلك من مال الآمر؛ لأن الوكيل عند هلاك الرهن صار مستوفياً للدين حكماً، فيعتبر بما استوفى حقيقة، ولو استوفى حقيقة وهلك في يده كان الهلاك على الآمر، ولم يكن على

(1) وفي ب: لأن إيجاب الثمن مع تملك المشتري.

(2) ما بين المعقوفين في الأصل فقط لا في غيره.

الوكيل ضمان، كذا هنا.

١٥٩٨٦ - وإذا دفع الرجل إلى رجل ثوبًا يساوي عشرة دراهم، وأمره أن يرهنه بعشرة دراهم، يستقرضها له، فهذا على وجهين: الأول: إذا أخرج الآمر الكلام مخرج الرسالة بأن قال له: اذهب إلى فلان، وقل له: إن فلانًا يستقرض منك عشرة دراهم، ويرهن منك هذا الثوب، وإنه على وجهين: الأول: أن يخرج المأمور بعد ذلك الكلام مخرج الرسالة بأن أضاف القرض والرهن إلى الآمر، وقبض الدراهم، ودفع الرهن، وفي هذا الوجه يكون القرض للآمر، حتى كان له أن يأخذ الدراهم التي أخذها الرسول من المقرض، وتكون المطالبة بالدين للمقرض على المرسل لا على الرسول، وهلاك الرهن يكون للمرسل لا للرسول؛ لما ذكرنا أن الرسول ناقل عبارة المرسل، فكأن الآمر رهن بنفسه، وأخذ الدراهم بيده، فإن هلكت الدراهم في يد الرسول قبل أن يدفعها إلى الآمر هلكت من مال الآمر؛ لأن يد الرسول يد المرسل، فكأنه هلك في يد المرسل.

الوجه الثاني: إذا أخرج الرسول الكلام مخرج الوكالة، بأن أضاف القرض والرهن إلى نفسه، فقال لذلك الرجل: أقرضني عشرة دراهم، وارتهن هذا الثوب، ففعل الرجل، فإن الرسول يصير مستقرضًا لنفسه حتى لم يكن للآمر أن يأخذ الدراهم من يده؛ لأنه خالف أمر المرسل؛ لأن المرسل أمر الرسول بإضافة العقد إلى نفسه لما جعله رسولًا، وهو ما أضاف العقد إلى المرسل إنما أضافه إلى نفسه، فيصير مستقرضًا لنفسه، ويصير ضامنًا للثوب؛ لأنه رهن ثوب المرسل بدين نفسه، فإن هلك الثوب في يد المقرض، فصاحب الثوب بالخيار إن شاء ضمن الرسول، وإن شاء ضمن القابض، فإن ضمن الرسول، جاز الرهن، وسقط دين المقرض[1]؛ لأن الرسول بالضمان ملك الثوب، فصار راهنًا ملك نفسه برهن نفسه، وقد هلك الرهن، فيصير المقرض مستوفيًا دينًا بالهلاك، وإن ضمن المقرض يرجع المقرض على الرسول بدينه وبقيمة الثوب، أما الرجوع لأن الرهن لم يصح لما استحقه المرسل، فلم يصر المقرض مستوفيًا دينه من الرهن، فكان له أن يرجع بدينه؛ وأما الرجوع بقيمة الثوب؛ لأن هذا مرتهن ضمن قيمة

---

(١) وفي هـ: دين المقرض.

الرهن للمستحق، فيرجع بما ضمن على الراهن؛ لأنه في القبض عامل له.

الوجه الثاني لأصل المسألة: إذا أخرج الآمر الكلام على سبيل الوكالة بأن قال له: وكلتك لتستقرض لي من فلان عشرة دراهم، وترهن هذا الثوب منه، وأنه على وجهين أيضًا، فإن أخرج الوكيل بعد ذلك الكلام مخرج الرسالة بأن قال تعالى: إن فلانًا أرسلني إليك، ويستقرض منك كذا، ويرهن منك هذا الثوب بالعشرة، ففعل المقرض، فإن ما استقرض من الدراهم يكون للآمر حتى لا يكون للوكيل أن يمنع ذلك منه، ويكون رهنه جائزًا على الآمر حتى لا يصير ضامنًا للثوب بالدفع إلى المقرض، ويكون الارتهان إلى الآمر، وهذا لأن المعنى بحقيقة التوكيل بالاستقراض متعذر لأن التوكيل بالاستقراض لا يصح، فجعلناه عبارة عن الرسالة، إذ الرسالة بالاستقراض صحيحة، وأمكن أن يجعل التوكيل بالاستقراض عبارة عن الرسالة؛ لأن الوكالة لو صحت حقيقتها يتضمن بعض ما في الرسالة، وهو النيابة عن الآمر في حق الحكم إن لم يتضمن النيابة في حق العبارة، فكان الآمر نص على الرسالة، وأخرج المأمور الكلام مخرج الرسالة أيضًا، وهناك الجواب على الوجه الذي قلنا، فههنا كذلك.

وإن أخرج المأمور الكلام مخرج الوكالة، بأن قال للمقرض: أقرضني عشرة دراهم، وارتهن هذا الثوب مني بعشرة دراهم، فالعشرة للوكيل؛ لأن التوكيل بالاستقراض باطل، فصار وجوده والعدم بمنزلة

١٥٩٨٧- وإذا دفع الرجل إلى رجل ثوبًا، وأمره أن يرهن له بدراهم قرضًا، وسمى له الدراهم، فزاد المأمور على ما سمى، أو نقص، فهذا على وجهين: الأول: إذا أخرج الآمر الكلام مخرج الرسالة، بأن قال للمأمور: ائت فلانًا، وقل له: بأن فلانًا يقول لك: اقبض هذا الثوب رهنًا، وأعطني عشرة، وفي هذا الوجه إن أخرج المأمور الكلام مخرج الرسالة، وزاد على ما سماه الآمر أو نقص عنه، صار مخالفًا، أما إذا زاد، فلأنه ألزم صاحب الثوب زيادة دين، وربما يتعذر عليه الفكاك بسبب الزيادة، وأما إذا نقص فلأنه أزال يده عن الثوب بأقل مما رضي به المالك، فإن هلك الثوب في يد المرتهن كان للمالك أن يضمن المأمور، وإن شاء ضمن المرتهن، فإن ضمن المأمور تم الرهن، وإن ضمن المرتهن، فالمرتهن يرجع بما ضمن من قيمة الرهن، وبدينه على

الرسول ثم مر. فإن أخرج المأمور الكلام مخرج الوكالة في هذا الوجه، فزاد أو نقص يصير مخالفًا، وضامنًا للثوب؛ لأنه لو أخرج الكلام مخرج الوكالة، ولم يزد على ما سماه الآمر، ولم ينقص صار مخالفًا، ووقع القبض له، فإذا زاد مع هذا أو نقص أولى.

الوجه الثاني: إذا أخرج الآمر الكلام مخرج الوكالة، فزاد على ما سماه الموكل أو نقص، فما استقرض يكون للمأمور لما ذكرنا، وهل يصير ضامنًا للثوب؟ لا شك أنه يضمن متى زاد على ما سماه الآمر، ويكون الآمر بالخيار بين تضمين المأمور وبين تضمين المرتهن؛ فإن ضمن الوكيل ملك الوكيل الثوب بالضمان، وصار راهنًا ملك نفسه، فنفذ الرهن، ولا رجوع له على المرتهن بشيء، وإن ضمن المرتهن، يرجع بدينه، وبما ضمن من قيمة الثوب على الراهن.

وأما إذا نقص عما سمى فهو على ثلاثة أوجه: أحدها: أن يكون الدين مثل قيمة الثوب، الثاني أن يكون الدين أكثر من قيمة الثوب، وفي هاتين الصورتين لا ضمان على الوكيل؛ لأن الوكيل صار مستعيرًا للثوب ليرهنه بدينه، ومن استعار ثوبًا ليرهنه بدينه عشرة مثلاً، فرهنه بثمانية، فإنه لا يضمن إن كان الدين مثل قيمة الثوب أو أكثر، وإن خالف؛ لأنه خالف إلى خير؛ لأن جميع الثوب صار مضمونًا له على المستعير، متى هلك يحصل له جميع قيمة الثوب، ويتيسر عليه الفكاك إذا قل الدين، وإذا كثر يتعسر عليه الفكاك. وأما إذا كان الدين أقل من قيمة الثوب، فإنه يضمن قيمة الثوب؛ لأن المستعير للمرتهن في هذا الوجه يضمن قيمة الثوب؛ لأنه أمره أن يرهن بعشرة ليحصل له جميع قيمة الثوب متى هلك في يد المرتهن، والآن حصل له ثمانية، فكان مخالفًا إلى شر، فيصير ضامنًا.

فأما إذا أخرج المأمور الكلام مخرج الرسالة، فزاد على ما سماه، أو نقص عنه، يضمن على كل حال؛ لأن الوكالة صارت عبارة عن الرسالة كيلا يلغو التوكيل، فكأن الآمر نص على الرسالة، وهناك إذا زاد الرسول أو نقص يصير ضامنًا، كذا هنا.

ولو جاء الرسول بدراهم مثل ما سمى له كل، فأعطاه إياه، فهي دين له عليه؛ لأن الرسول لما خالف صار مستقرضًا لنفسه، فإذا دفعها إلى المرسل صار مقرضًا له من

المرسل، ولا يصح رهن الثوب؛ لأنه يصير راهنًا ثوب الموكل بدين نفسه بغير إذن الموكل. وللمقرض أن يرجع على الرسول بما قبض منه؛ لأن الوكيل صار مستقرضًا لنفسه لما خالف، وإن كان المرتهن صدّق الرسول في الرسالة بما سمّى له من الدراهم، وأنكر المرسل ذلك، فإن ما قبض الوكيل من الدراهم يكون أمانة عنده، حتى إذا هلكت الدراهم في يده لم يضمن؛ لأن المقرض لما صدق الرسول في كونه رسولاً بالقدر الذي سماه الرسول، فقد زعم أن ما قبضه الرسول مال المرسل، وأنه أمانة عنده؛ لأنه قبضه للمرسل، وأن القرض صار دينًا له على المرسل إلا أن المرسل لما أنكر رسالته بما سماه الرسول، وادعى أنه أرسله بدون ذلك، فقد منع حقه وظلمه، ومن صار مظلومًا من جهة إنسان، ليس له أن يظلم غيره. فإن قال الرسول: قد دفعتها إلى المرسل لم يضمن، ولا يصدق على رب الثوب؛ لأن الرسول أمين في زعم المقرض، والأمين مصدق في حق براءة نفسه عن الضمان، غير مصدق في حق إيجاب الضمان على الغير.

فإن قال الرسول: إنما أمرتني أن أرهنه لك بخمسة عشر، وقال رب الثوب: بل أمرتك بعشرة، أو قالا على العكس، فالقول قول المرسل وهو صاحب الثوب مع يمينه؛ لأن الإذن يستفاد من جهته، فيكون القول قوله في كيفية ذلك، إذا لم يسبق منه إقرار بخلافه.

١٥٩٨٨- وإذا وكله أن يرهن ثوبًا بدراهم مسماة، فرهنه عند نفسه، ودفع الدراهم إلى الآمر، هل يصير الثوب رهنًا؟ إن بين الآمر ما صنع، بأن قال: هذه دراهمي أقرضتك، وأمسكت ثوبك رهنًا بها، ورضي بها الآمر جاز، ويصير مقرضًا للدراهم من رب الثوب، ومرتهنًا ثوبه من نفسه، وإن لم يبين صح الإقراض، ولم يصح الرهن، وإذا لم يصح الرهن في هذه الصورة لا يكون الثوب مضمونًا على المأمور ما لم يحدث فيه حدثًا، وإن قصد إمساك الثوب لنفسه، فالثوب كان أمانة عنده؛ لأن الأمين لا يضمن[1] بمجرد قصد الإمساك لنفسه.

---

(١) وفي الأصل وم: "يضمن".

الفصل السابع
في التوكيل بالخصومة

١٥٩٨٩- رجل حضر مجلس القاضي، ووكل رجلا بقبض كل حق له، وبالخصومة فيه، وليس معهما أحد للموكل قبله حق، فإن كان القاضي يعرف الموكل ويعلم أنه فلان، قبل وكالته، وأنفذها للوكيل حتى إذا أحضر الوكيل بعد غيبة الموكل رجلا يدعي للموكل عليه حقا يسمع خصومته، ولا يكلفه إقامة البينة على الوكالة؛ لأن توكيله بالخصومة ثبت بمعاينة القاضي، والقاضي يعرف الموكل باسمه ونسبه، فيمكنه القضاء، فلا حاجة إلى إقامة البينة على الوكالة، وإن كان القاضي لا يعرف الموكل باسمه ونسبه، لا تقبل وكالته؛ لأنه لو قبل ذلك من غير أن يعرف الموكل باسمه ونسبه ربما يجيء رجل إلى القاضي، ويسمي باسم غيره، ويوكل عند القاضي وكيلا ويغيب فيأخذ الوكيل غريم ذلك المسمى، ويأخذ المال منه بحكم هذه الوكالة، والحق لم يكن لموكله، فيكون تضييعا[1] لأموال الناس وحقوقهم، وهذا فصل القضاة عنه غافلون اليوم، فإنهم يقبلون ذلك، وينفذون [الوكالة][2] إذا حضر الوكيل يطلب حقا للموكل من غير أن يعرفوا اسم الموكل ونسبه، وفيه فساد ظاهر على ما بينا.

فإن قال الموكل: أنا أقيم البينة أني فلان بن فلان ليقضي بوكالتي هذه لهذا الرجل، فالقاضي لا يسمع بينته؛ لأنه ليس معه خصم جاحد، فلا تقبل البينة على ذلك، هكذا ذكر محمد في "الأصل"، وفي "نوادر ابن سماعة" عن أبي يوسف: ما يدل على أنه يسمع بينته، وصورة ما ذكر ثمة: إذا حضر الموكل القاضي ليوكل وكيلا، ولم يعرفه القاضي، سأله شاهدين على معرفته، ثم قبل توكيله، فإن غاب الموكل في هذه الصورة، فجاء الوكيل يخاصم، فإن القاضي لا يقضي بصحة هذه الوكالة، ولا يجعله خصما ما لم يشهد على اسم الموكل شاهدان بحضرة خصم ينكر نسبه؛ لأن

---

(١) وفي م: "تضييعها".

(٢) هذا اللفظ في الأصل فقط.

الغائب لا يعرف إلا بالنسب والاسم ، وطريق معرفته البينة ، والبينة لا تقبل إلا على خصم جاحد ، فإن جاء بشاهدين يشهدان على اسم الموكل ونسبه بحضرة خصم جحد ذلك قبل القاضي شهادته ، وجعل الوكيل خصمًا له .

١٥٩٩٠ - وإذا وكل رجلين بالخصومة مع رجل ، فقدم أحدهما الغريم ، فجحد الوكالة والمال جميعًا ، فأقام البينة عليه بالوكالة والمال ، فإنه يقضي بالوكالة للحاضر والغائب جميعًا ، وفيه نوع إشكال ؛ لأن الأصل هو التوكيل بالخصومة ، وهو المقصود ، وعلى اعتبار ما هو المقصود ينفرد أحدهما ، فلم يكن حق الحاضر متصلا بحق الغائب ، فلا ينتصب الحاضر خصمًا عن الغائب .

الجواب : أن التوكيل بالخصومة توكيل بالقبض عندهما ، وأحدهما لا ينفرد بالقبض ، فعلى اعتبار أنه توكيل بالقبض كان محتاجًا إلى إثبات حق الغائب لاتصاله به ، فانتصب خصمًا عنه ، ثم يقضي بالوكالة بلا خلاف ، وهل يقضي بالدين إذا أقام بها جملة؟ فهو على الخلاف ، وقد مر ذلك في كتاب أدب القاضي .

ولو أن الحاضر أقام البينة أن فلانًا وكله وفلانًا الغائب بخصومة هذا ، وأجاز ما صنع كل واحد منهما ، وأجاز قبض كل واحد منهما على حدة ، فإن القاضي يقضي بوكالة الحاضر ، ولا يقضي بوكالة الغائب ؛ لأن الحاضر هنا لم ينتصب خصمًا عن الغائب ؛ لأن حق الحاضر هنا غير متصل بحق الغائب ، حتى لو حضر الغائب لم يكن له أن يأخذ من الغريم شيئًا ، حتى يثبت وكالته .

١٥٩٩١ - وإذا وكل رجلا بالخصومة ، فهو على وجوه : الأول : أن يوكله بالخصومة ولا يتعرض لشيء آخر ، وفي هذا الوجه يصير وكيلا بالإنكار بالإجماع ، ويصير وكيلا بالإقرار أيضًا عند علمائنا الثلاثة ؛ لأن التوكيل بالخصومة صحيح بالإجماع ، وإنما يصح التوكيل بما هو حلال للموكل ، ونفس الخصومة ليس بحلال للموكل لا محالة ؛ لأن على تقدير أن المدعي محق في الدعوى لا يحل للمدعى عليه الإنكار لا محالة ، أما جواب الخصومة وهو قوله : نعم ، ولا حلال له ، فجعلنا هذا توكيلا بجواب الخصومة ، وأمكن أن يجعل كذلك ؛ لأن الخصومة يضاف إليها ، والجواب مضاف ؛ وحذف المضاف وإقامة المضاف إليه مقامه شائع في اللغة ؛ كما في

قوله : ﴿وَاسْأَلِ الْقَرْيَةَ﴾ (١) أي أهل القرية ، قلنا : والإقرار جواب الخصومة كالإنكار ، فصح ما ادعينا أن التوكيل بالخصومة توكيل بالإقرار .

فبعد هذا اختلف علماؤنا ، قال أبو حنيفة ومحمد : التوكيل بالخصومة توكيل بالإقرار في مجلس الحكم ، حتى لو أقر على موكله في مجلس الحكم يصح إقراره ، ولو أقر على موكله في غير مجلس الحكم لا يصح إقراره . وقال أبو يوسف : التوكيل بالخصومة توكيل بالإقرار في مجلس الحكم ، وفي غير مجلس الحكم . لهما أن جواب الخصم يختص بمجلس الحكم ، حتى لا يستحق على المطلوب الجواب إلا في مجلس الحكم ، والتوكيل بجواب الخصومة يتقيد بمجلس الحكم ضرورة ، وصار تقدير المسألة وكلتك لتجيب خصمي في مجلس الحكم ، ولو قال . هكذا لا يصح إقرار الوكيل عليه في غير مجلس الحكم ، كذا هنا غير أن عندهما إذا أقر في غير مجلس الحكم لا يصح إقراره ، ولا يبقى وكيلا حتى يمنع من الخصومة بعد ذلك ؛ لأنه لو بقي وكيلا ، بقي وكيلا بجواب خصومة مقيدة وهو الإقرار ، لا بجواب خصومة مطلقة ، وهو الإقرار والإنكار ؛ لأن الإنكار بعد الإقرار لا يصح ، وهو إنما وكله بجواب خصومة مطلقة ، لا بجواب خصومة مقيدة .

الوجه الثاني : أن يوكله بالخصومة غير جائز الإقرار ، وفي هذا الوجه يصير وكيلا بالإنكار ؛ لأن باستثناء الإقرار تبين أن الوكيل ما تناول نفس الجواب إنما تناول جوابًا مقيدًا بالإنكار ، هكذا ذكر شيخ الإسلام في "الأصل" .

ذكر الشيخ الإمام الزاهد فخر الإسلام علي البزدوي في "شرح الجامع الصغير" : أن هذا الاستثناء على قول أبي يوسف : لا يصح ؛ لأنه لو صح يبقى وكيلا بالإنكار ، فتعذر تصحيح الوكالة بالإنكار لاحتمال كونه مبطلا ، وعند محمد : يصح الاستثناء ، وطريقه ما قلنا .

وفي "فتاوى الصغرى المرتبة" : أن استثناء الإقرار من الطالب يصح ومن المطلوب لا يصح .

الوجه الثالث : أن يوكله بالخصومة غير جائز الإنكار ، وفي هذا الوجه يصير

(١) سورة يوسف ، الآية ٨٢

وكيلا بالإقرار، ويصح الاستثناء في ظاهر الرواية، وهذا لأن الموكل ربما يضره الإنكار بأن كان المدعي أمانة، ولو جحد الوكيل جحوداً أصلياً، لا يصح دعوى الرد بعد ذلك، وقبل الجحود يصح دعوى الرد، فيصح استثناء الإنكار كما يصح استثناء الإقرار، وعن أبي يوسف: أنه لا يصح الاستثناء.

الوجه الرابع: أن يوكله بالخصومة غير جائز الإقرار عليه، وفي هذا الوجه يصير وكيلا بالخصومة والإقرار جميعاً، حتى لو أقر صح إقراره على الموكل عندنا خلافاً للشافعي، ويجب أن يعلم بأن التوكيل بالإقرار صحيح عندنا، ولا يصير الموكل مقراً بنفس التوكيل عندنا، ذكر محمد المسألة في باب الوكالة في الصلح، وصورة ما ذكر ثمة: أن المشتري إذا وكل رجلا ليصالح البائع عن العيب، فأقر الوكيل أن الموكل أبطل العيب[1] لم يجز إقراره.

ولو وكله بالإقرار فأقر جاز، فلم يجعل نفس التوكيل بالإقرار إقراراً، حتى شرط إقرار الوكيل للزومه، حيث قال: فأقر جاز، قالوا: ولا يوجد لهذه المسألة رواية إلا في ذلك الباب. حكي عن الشيخ الإمام الزاهد أحمد الطواويسي: أنه كان يقول: معنى التوكيل بالإقرار أن يقول للوكيل: وكلتك أن تخاصم وتدب عني، فإذا رأيت مذمة يلحقني بالإنكار، واستصوبت الإقرار، فأقر علي، فإني قد أجزت ذلك.

الوجه الخامس: إذا قال: وكلتك بالخصومة غير جائز الإقرار والإنكار، ولا رواية في هذا الفصل عن أصحابنا، وقد اختلف المتأخرون فيه، بعضهم قالوا: لا يصح هذا التوكيل أصلا؛ لأن التوكيل بالخصومة توكيل بجواب الخصومة، وجواب الخصومة إقرار وإنكار، فإذا استثنى كلاهما لم يفوض إليه شيء.

وحكي عن القاضي الإمام صاعد النيسابوري: أنه قال: يصح التوكيل، ويصير الوكيل وكيلا بالسكوت متى حضر مجلس الحكم، حتى يسمع البينة عليه، وإنما يصح التوكيل بهذا القدر؛ لأن ما هو مقصود الطالب، وهو الوصول إلى حقه بواسطة إقامة البينة، يحصل به.

١٥٩٩٢ - وفي كتاب الأقضية: إذا كان الموكل بالخصومة هو المطلوب المدعى

---

(١) وفي حاشية ف: البيع

عليه، فوكل رجلاً بخصومة الطالب، وقال: على أن لا يجوز إقراره عليَّ، فهو جائز في قول أبي يوسف على ما وكله به، وقال محمد: إذا كان المطلوب هو الذي ينصب الوكيل، فقال الطالب: لا أرضى إلا أن تقيم لي رجلاً يقوم مقامك، ويجوز إقراره كما يجوز إقرارك، وإلا فاحضر وخاصمني، فإنه يقال للمطلوب: خاصمه أو أقم رجلاً، يجوز إقراره عليك.

وكذلك لو كان الموكل هو الطالب، فقال المطلوب: لا أرضى إلا أن تخاصمني، أو توكل رجلاً يقوم مقامك، لا يمنع من خصومتي وحجتي إذا جئت بها، ويجوز إقراره عليك بقبض المال: فهذا ذلك إذا كان الطالب حاضراً. فإن كان غائباً، ووكل وكيلاً لا يجوز إقراره عليه، بأن استثنى الإقرار من المطلوب، يدفع ما وجب عليه إلى الوكيل، ولا يكون له الامتناع من خصومة الوكيل بأن يقول: لا أخاصمك حتى يجوز إقرارك على الذي وكلك.

فوجه قول أبي يوسف: إن المستحق للمدعي قبل المطلوب مطلق الجواب، أما الإقرار أو الإنكار لو أتى بالإنكار بلسان نفسه، لا يكون للمدعي أن لا يرضى به، فكذا إذا أتى به بلسان غيره.

ولمحمد أن المستحق على المدعى عليه ليس هو الإنكار بعينه؛ لأن الإنكار بعينه ليس بحق قطعاً، فلا يصلح مستحقاً عليه بعينه، أما نفس الجواب حق، فيصلح مستحقاً عليه، فإذا وكله بمطلق الجواب، فقد أوفاه ما هو مستحق عليه، فلا يكون للمدعي أن لا يرضى به، فأما إذا استثنى الإقرار، فقد فوض إليه الإنكار بعينه، والإنكار بعينه لم يستحق عليه، فلم يوف ما هو مستحق عليه، فكان للمدعي أن لا يرضى به، فأما إذا وكل وهو غائب، ثم يدع الطالب عليه بعد؛ فالطالب لم يستحق عليه شيئاً؛ لأن الاستحقاق بالدعوى ولم توجد الدعوى، فإن شاء المدعي اكتفى بهذا الجواب من الوكيل وخاصمه، وإن شاء صبر حتى يحضر الموكل، ويخاصمه رجاء أن يأتي بالجواب الآخر، وهو الإقرار، وعلى هذا إذا كان الطالب هو الذي يوكل وكيلاً في الاكتفاء بالجواب المقيد من الوكيل إذا كان غائباً، وبأن للمطلوب أن لا يرضى به إذا كان الموكل حاضراً.

١٤٩٩٣ - وفي "أدب القاضي" للخصاف في آخر باب الرجل يريد سفراً: أن المطلوب إذا وكل وكيلاً في خصومة، ثم أراد أن يستبدل فعزل الوكيل عنه، إن كان بمحضر من الطالب جاز، وإن كان بغير محضر من الطالب، فكذلك عند محمد، خلافاً لأبي يوسف، فأبو يوسف يعتبر الابتداء بالعزل، ومحمد يقول: لا حق للطالب في إطلاق الوكالة، ألا ترى أنه لا يمكنه أن يطالبه بتوكيل مطلق، وللمطلوب أن يستثني في الابتداء.

وعلى هذا الخلاف إذا أذن المطلوب لوكيله في التوكيل، ثم أراد بعد ذلك أن يحجر عليه من حق هذه الزيادة حتى لا يملك الوكيل الأول التوكيل، عند محمد: يصح حجره، وإن كان بغير محضر من الطالب، وعند أبي يوسف: لا يصح بغير محضر من الطالب.

إذا وكل رجلاً بخصومة، وأخذ حقوقه من الناس، على أن لا يكون وكيلاً فيما يدعى على الموكل، فهذا التوكيل صحيح، فلو أثبت الوكيل المال لموكله، ثم أراد المدعى عليه الدفع، لا يسمع على الوكيل، هكذا حكى فتوى الصدر الشهيد الكبير برهان الدين تغمده الله برحمته.

١٤٩٩٤ - قال في "الجامع الصغير": الوكيل بالخصومة في الدين يملك قبضه عند علمائنا الثلاثة، وكثير من مشايخ بلخ أفتوا بأنه لا يملك لفساد أحوال الناس، وظهور الخيانات فيما بينهم، خصوصاً الوكلاء على أبواب القضاة.

١٤٩٩٥ - وفي "الأصل" يقول: إذا وكل رجلين بالخصومة في دين له، أو بقبضه، فلأحدهما أن يخاصم دون صاحبه، ولكن لا يقبضان إلا معاً. قال القاضي الإمام صدر الإسلام في شرح هذه المسألة: دليل على أن الوكيل بالخصومة في الدين لا يملك القبض، إذ لو ملكه ذلك لم يكن للتنصيص على القبض فائدة.

وقال الشيخ الإمام الزاهد فخر الإسلام علي البزدوي: فائدة التنصيص على القبض أن لا ينفرد أحدهما بالقبض، وإذا وكله بالخصومة عند قاض فلان، كان للوكيل أن يخاصمه إلى قاض آخر؛ لأن تعيين القاضي لا يفيد، فلغا.

١٤٩٩٦ - ولو وكله بخصومة إلى فلان الفقيه، لم يكن له أن يخاصم إلى غيره

آخر ؛ لأن تعيين الحكم مقيد فاعتبر ، وإذا وكل الرجل رجلا بالخصومة في هذه الدار مع فلان ، فباع فلان الدار من رجل ، لم يكن للوكيل أن يخاصم المشتري ؛ لأن الموكل ما رضي بخصومة المشتري . وإن وكله بالخصومة في هذه الدار ، ولم يقل : مع فلان ، كان له أن يخاصم المشتري .

الفصل الثامن

في التوكيل بقبض الدين وتقاضيه، وفي التوكيل بقبض العين وفي التوكيل بإثبات الدين وقضاء الدين والرسول في ذلك

١٤٩٩٧- وإذا وكل رجلاً بتقاضي دينه، فهو جائز، رضي المطلوب أو لم يرض، سواء كان الموكل حاضراً أو غائباً، وسواء كان صحيحاً أو مريضاً، قالوا: هذا إذا كان المطلوب مقراً بالدين، فأما إذا كان جاحداً لا يصح التوكيل عند أبي حنيفة من غير رضى الخصم، إذا كان الموكل صحيحاً حاضراً؛ لأنه إذا كان جاحداً كان التوكيل بالتقاضي توكيلاً بالخصومة، والجواب في التوكيل بالخصومة من غير رضى الخصم عند أبي حنيفة هكذا، وإليه مال شمس الأئمة الحلواني[1].

وذكر شيخ الإسلام: أن التوكيل هاهنا صحيح على كل حال، وهو ما ذكر في الكتاب؛ لأن التوكيل بالخصومة هنا يثبت في ضمن التقاضي، ويجوز أن يثبت الشيء في ضمن غيره، وإن كان لا يثبت مقصوداً.

١٤٩٩٨- وإذا وكل رجلاً بقبض دينه، فهو جائز، وفي المسألة نوع إشكال؛ لأن التوكيل بقبض الدين توكيل بالاستقراض معنى؛ لأن الديون تقضى بأمثالها، فما قبضه رب الدين من المديون يصير مضموناً عليه، وله على الغريم مثل ذلك، فيلتقيان قصاصاً، وقد ذكرنا أن التوكيل بالاستقراض غير صحيح.

والجواب: التوكيل بالقبض رسالة بالاستقراض من حيث المعنى، وليس بتوكيل بالاستقراض؛ لأنه لا بد للوكيل بقبض الدين من إضافة القبض إلى موكله، بأن يقول: إن فلاناً وكلني بقبض ماله عليك من الدين، كما لا بد للرسول في الاستقراض من الإضافة إلى المرسل، بأن يقول: أرسلني فلان إليك يقول لك: أقرضني كذا، بخلاف الوكيل بالاستقراض، فإنه يضيف إلى نفسه، فيقول: أقرضني، فصح ما ادعينا أن هذا

(١) ينظر: السرخسي

رسالة معنى، والرسالة بالاستقراض جائزة، وله أن يتقاضى دينه، ويقبضها؛ لأن الدين اسم جنس، فينصرف إلى الديون كلها.

١٥٩٩٩ - وليس للوكيل أن يوكل غيره بالقبض، إما لأن الناس يتفاوتون في القبض، والموكل إنما رضي بتقاضي الأول دون الثاني، أو لأن الوكيل بالقبض في معنى الوكيل بالشراء، فإنه وكيل بتمليك ما في ذمة الموكل بما يقبضه من الديون، والوكيل بالشراء ليس له أن يوكل غيره، على ما يأتي بيانه بعد هذا إن شاء الله تعالى.

وفرق بين هذا وبين الوكيل بالبيع إذا باع، ووكل من ليس في عياله بقبض الثمن حيث له ذلك، والفرق أن الوكيل بالبيع في حق القبض بمنزلة المالك حتى لا يملك الموكل نهيه عن القبض، فيملك توكيل غيره كالمالك حقيقة، فأما الوكيل بقبض الدين نائب في حق القبض عن رب الدين، ولهذا يملك رب الدين نهيه، والنائب لا يملك أن يستنيب غيره إلا إذا أمره المنيب به، ولم يأمره المنيب هاهنا، فإن وكل مع أنه ليس له ذلك، وقبض الوكيل الثاني المال من المطلوب، فإن وصل المال إلى الوكيل الأول برئ المطلوب عن الدين، وإن لم يصل إليه، إن كان الوكيل الثاني من هو في عيال الوكيل الأول برئ؛ لأن قبض من في عيال الإنسان، كقبض صاحب العيال، فالأمر بقبض الأول يكون أمراً بقبض من عياله، وإن لم يكن الثاني في عيال الأول لا يبرأ؛ لأنه ليس كقبضه حتى يكون الأمر بقبض الأول أمراً بقبض هذا، فحصل قبض الثاني بغير أمر رب الدين، فإنه لا يوجب براءة المديون، كما لو دفع إلى واحد من عرض الناس.

ولو هلك المال في يد الوكيل الثاني قبل أن يصل إلى الأول، فللمطلوب أن يضمن الوكيل الثاني، وللوكيل الثاني أن يرجع على الوكيل الأول؛ لأن الأول ضمن للثاني سلامة قبضه، فصار مغروراً من جهته، والمغرور يرجع على الغار بما لحقه من الضرر.

وأخبرني من أثق به: أن محمداً ذكر في باب الوكالة بالسلم: أن الوكيل بالسلم إذا أسلم فوكل رجلاً بقبض المسلم فيه، فقبض الوكيل الثاني المسلم فيه يبرأ المسلم إليه، والمعنى ما ذكرنا في الوكيل بالبيع إذا وكل رجلاً بقبض الثمن.

وفي «المنتقى»: الوكيل بالبيع إذا وكل رجلاً بقبض الثمن من غير أمر الآمر، فقبض وهلك في يده، قال أبو حنيفة: لا ضمان على القابض، وإنما الضمان على

الوكيل.

١٦٠٠٠ - وإذا وكّل رجلا بتقاضي دين له على رجل، ثم إن المطلوب مات، فإن الوكيل على وكالته، يتقاضى ذلك من مال الميت، ولا ينعزل حكمًا بموت المطلوب؛ لأن الوكيل إنما ينعزل حكمًا إما بزوال ولاية الموكل بسبب من الأسباب، أو بفوت المأمور، وههنا ولاية الموكل لم تزل، والمأمور به لم يفت؛ لأن المأمور به تمليك ما في ذمة المديون بما يقبضه الوكيل، وبعدما مات المديون، فالوكيل يملك ما في ذمته بما يقبض، فبقيت الوكالة كما كانت.

وإن مات الموكل خرج الوكيل عن الوكالة علم به، أو لم يعلم؛ لزوال ولاية الموكل قبل حصول المقصود، فإن قال الوكيل: قد كنت قبضت الدين في حياة الموكل، ودفعته إليه، لم يصدق إن كان المقبوض هالكًا، فرق بين هذا وبين الوكيل بقضاء، إذا قال بعد موت الموكل: كنت دفعت الدين إلى الطالب قبل أن يموت الموكل، والورثة قالوا: دفعت بعد موت أبينا، والمال هالك، فإن هناك القول قول الوكيل.

والفرق أن هناك حاصل خلافهم في إيجاب الضمان على الوكيل لا في زوال ملك الورثة عن المدفوع؛ لأن ملكهم عن المدفوع قد زال بالهلاك، فالورثة يقولون: دفعت بعد موت أبينا، فيصير ضامنًا، والوكيل ينكر ذلك، والقول قول المنكر في الشرع، أما ههنا الاختلاف وقع في سقوط الدين عن المطلوب، فالوكيل بقوله: قد كنت قبضت يدعي سقوطه، والورثة في هذا الإنكار متمسكون بما هو الثابت في الأصل، والقول قول من يتمسك بما هو الثابت في الأصل.

١٦٠٠١ - وإذا وكل الرجل رجلا بقبض دين له على رجل، فقبضها الوكيل، ووجدها زيوفًا، أو ستوقة، أو نبهرجة، أو رصاصًا فردها، فالقياس أن يضمن، وفي الاستحسان: لا يضمن، ذكر القياس والاستحسان عقيب هذه المسائل جملة، فمن مشايخنا من قال: القياس والاستحسان في الكل؛ لأنه وكله بتمليك ما في ذمة المديون بدراهم جياد.

١٦٠٠٢ - ولو وكله ببيع عين من أعيان ماله بدراهم جياد، فباعه بالزيوف أو الستوقة يضمن، فالقياس على ذلك في الكل أن يضمن، ولكن هذا لا يصح؛ لأن

الوكيل ببيع العين بالجياد إذا باع بالزيوف أو الستوقة، لا يضمن بمجرد البيع، إنما يضمن إذا باع وسلم، وههنا في الدين وجد مجرد البيع، ولم يوجد التسليم، فكيف يضمن؟

والصحيح أن هذا القياس والاستحسان فيما إذا وجدها زيوفاً أو نبهرجة، فأراد أن يردها، فالقياس أن لا يكون له الرد من غير استطلاع رأي الموكل، وإذا رد يضمن. وفي الاستحسان: له الرد من غير استطلاع رأي الموكل، وإذا رد لا يضمن، فأما في الستوقة والرصاص فله أن يردها من غير استطلاع رأي الموكل، وإذا ردها لا يضمن قياساً واستحساناً؛ لأن الستوقة والرصاص ليسا من جنس حق الموكل، ألا ترى أن الموكل لا يملكه لو قبض بنفسه، فكذا لا يملكه بقبض الوكيل، وإذا لم يملكه كان باقياً على حكم ملك المديون، فقد رد على المديون ملكه، فلا يضمن لا قياساً واستحساناً.

وأما الكلام في الزيوف والنبهرجة: فوجه القياس فيه أن الزيوف والنبهرجة من جنس حق الموكل، حتى يملكه الموكل إذا قبض بنفسه، فكذا يملكه بقبض الوكيل، فإذا ردها الوكيل، فإنما رد ملك الموكل بغير إذنه، فيضمن، ألا ترى أن من اشترى عبداً، ووكل رجلاً بقبضه، فقبضه، ووجد به عيباً، فأراد أن يرده قبل استطلاع رأي الموكل، لم يكن له ذلك، وإذا رد يصير ضامناً، كذا ههنا.

فإن قال الوكيل: قبضت منك ألف درهم، وقطع الكلام، ثم قال: وجدتها زيوفاً يصدق جميعاً؛ لأنه بيان تقرير؛ لأنه أقر بقبض الدراهم مطلقاً، وقد يقبض الدراهم الجياد، وقد يقبض الدراهم الزيوف، فإذا قال: ما قبضت كانت زيوفاً، كان هذا بيان تقرير، فيصح وإن كان مفصولاً كما لو قال: لفلان عندي ألف درهم وديعة، ثم قال: إلا أنها زيوف

١٦٠٠٣- وفي «المنتقى» ابن سماعة عن محمد: رجل له على رجل ألف درهم وضح، وكل رجلاً بقبضها منه، وأعلمه أن ما عليه وضح، فقبض الوكيل منه ألف درهم غلة، وهو يعلم أنها غلة، لم يجز ذلك على الآمر، فإن ضاعت في يد الوكيل ضمنها الوكيل، ولم يلزم الآمر شيء. وإن لم يعلم الوكيل أنها غلة فقبضه جائز، ولا ضمان عليه، وله أن يردها ويأخذ وضحاً، وإن ضاعت من يد الآمر، ولا يرجع بشيء في قياس قول أبي حنيفة، وفي قول أبي يوسف: يرد مثلها ويرجع بالوضح، ولا ضمان

على الوكيل في هذا، وعن أبي يوسف أن الوكيل إنما قبض النبهرجة، فلا ضمان على الوكيل فيها، علم أو لم يعلم، وإن هلكت في يد الوكيل هلكت من مال الموكل، وله أن يرد مثلها ويأخذ بالجياد.

١٦٠٠٤ - وفي نوادر بن سماعة عن أبي يوسف: رجل له على رجلين ألف درهم، وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه، فوكّل رب الدين رجلا بقبضه من أحدهما بعينه، فقبضه من الآخر جاز. قال: ألا ترى أنه لو قضى عنه أجنبي جاز، وكذلك لو أن رجلا له على رجل ألف درهم، وبها كفيل، فوكل الطالب رجلا بقبض المال من الذي عليه الأصل، فقبضه من الكفيل جاز.

١٦٠٠٥ - وفي المنتقى: رجل له على رجل مائة درهم، فأرسل إليه ليقبض منه المائة، فوزن له المطلوب كما هو، ولا شيء على الرسول، وإن دفع إليه مائة ثم دفع إليه مائة أخرى، وخلطهما الرسول، فهو ضامن للمائة، ويبرأ المطلوب عن المائة

١٦٠٠٦ - وفي نوادر هشام عن محمد: رجل وكل رجلا بقبض ألف عن مديونه، وأعطاه المطلوب ألفي درهم، وقال: ألف درهم قضاء من حق الذي وكلك، وهو يرى أنها ألف درهم، فضاعت من الوكيل وهي ألفا درهم، قال: لا يضمن الوكيل الألف الفضل؛ لأنه لم يقبضها لنفسه، ولا يضمنها الآخر أيضا؛ لأنه لم يأمره بقبضها له.

١٦٠٠٧ - وإذا وكل الرجل رجلا بقبض دين له، فجحد الغريم الدين، ذكر هذه المسألة في الأصل، وقال على قول أبي حنيفة: ينتصب الوكيل خصمًا في إثباته، يسمع منه البينة على الدين، وعلى قولهما: لا ينتصب خصمًا، وفي المنتقى رواية الحسن بن زياد عن أبي حنيفة: أن الطالب إذا كان حاضرًا لم يكن للوكيل أن يقيم عليه البينة حتى يحضر الطالب، وإن كان الطالب غائبًا فله أن يقيم البينة عليه حتى يستوفي حق الطالب، قال: وهكذا روى الحسن عن أبي يوسف في كتاب البيوع.

فالأصل أن الوكيل بقبض ملك الموكل كالوكيل بقبض جارية في يدي فلان، لا ينتصب خصمًا في الإثبات متى جحد الذي كانت الجارية في يده أنها لموكله، والوكيل بقبض ملك الغير بحق للموكل قبله، كالوكيل بأخذ الشفعة، يصير وكيلا بالخصومة في

الإثبات، وهذا لأن التوكيل بالخصومة لم يوجد نصاً، لو ثبت التوكيل بالخصومة إنما ثبت ضرورة أن الوكيل لا يتوصل إلى القبض إلا بالخصومة، والتوكيل بالشيء توكيل به وبما لا يتوصل إليه إلا به؛ لأنه قد يمكنه الوصول إلى القبض بدون الخصومة بأن لا يجحد المطلوب ذلك، وقد لا يمكنه الوصول إلى القبض بدون الخصومة، فأحد الاعتبارين يوجب أن يصير وكيلاً بالخصومة، والآخر يوجب أن لا يكون وكيلاً بالخصومة، والعمل بهما متعذر في كل حكم لمكان التنافي، فعملنا بهما في حكمين، فقلنا: متى حصل التوكيل بقبض عين هو ملك الموكل لا ينتصب الوكيل خصماً في الإثبات، ومتى حصل التوكيل بقبض عين هو ملك الغير بحق للموكل قبله، ينتصب الوكيل خصماً في الإثبات، وإنما عملنا على هذا الوجه، ولم نعمل على العكس؛ لأنا لو جعلناه خصماً في الإثبات متى حصل التوكيل بقبض ما هو ملك الموكل، لزمنا أن نجعله خصماً متى حصل التوكيل بقبض ما هو ملك الغير؛ لأن الحاجة إلى الخصومة فيما هو ملك الغير أكثر، فحينئذٍ يتعطل العمل بالمعنيين، فعملنا بهما على الوجه الذي قلناه ليمكننا العمل بالمعنيين.

وإنما وقع الاختلاف في الوكيل بقبض الدين؛ لاختلافهم أن الوكيل بقبض الدين وكيل بقبض ملك الموكل، أو بملك المديون بحق للموكل قبله، فوقع عند أبي حنيفة أنه وكيل بقبض ملك المديون بحق للموكل قبله، فينتصب خصماً في الإثبات، ووقع عندهما أنه وكيل بقبض ملك الموكل، فلا ينتصب خصماً في الإثبات.

فإن أقام الوكيل البينة على المال، وأقام الغريم بينة أنه قد أوفاه الطالب، فعلى قول أبي حنيفة: قبلت بينته على الإيفاء، وحكم ببراءة الغريم، وعلى قولهما: قبل بينته في دفع مطالبة الوكيل عنه، ولم يكن ذلك قضاء على الغائب، فإذا حضر أخذه بالمال، إلا أن يعيد الغريم عليه بينة بذلك. وإن لم يكن للغريم بينة، وأراد أن يحلف الوكيل: بالله ما تعلم أن الآمر قبض الدين، روى الحسن عن أبي حنيفة: أن له ذلك، وإن لم يحلف لم يكن له أن يقبضه، وإن ادعى الغريم الإبراء، لا تقبل بينته على الوكيل في حق ثبوت البراءة إجماعاً. هكذا ذكر شيخ الإسلام في شرحه. وذكر الشيخ الإمام الزاهد أحمد الطواويسي في شرحه: أن مسألة الإبراء على الخلاف، وإليه أشار محمد في كتاب الوكالة.

وإن أقام المطلوب بينة أنه باع دارًا له من الموكل بالألف التي كانت له عليه، وقف حتى يجيء الموكل؛ لأن الخصومة الآن في الدار، ذكره في المنتقى.

١٦٠٠٨ - وفي مفقود شيخ الإسلام: أن الوكيل بالقبض إذا كان وكيلا من جهة القاضي، بأن وكّل القاضي رجلا بقبض ديون الغائب: لا يملك الوكيل الخصومة وإقامة البينة على الدين بالاتفاق، والخلاف بين أبي حنيفة وصاحبيه في الوكيل بالقبض من جهة غير القاضي. ثم إن أبا حنيفة فرّق بين الوكيل بالقبض وبين المأمور بقبض الدين والرسول، فجعل للوكيل حق الخصومة، ولم يجعل للمأمور بقبض الدين والرسول حق الخصومة.

١٦٠٠٩ - وفي الجامع: أقام رجل بينة أن فلانًا وكّله وفلان ابن فلان بقبض المال الذي له على هذا، فأقر الغريم بالدين وجحد الوكالة، أو جحدهما جميعًا، فأقام الوكيل البينة على الوكالة والدين، فإن القاضي يقضي بوكالة الوكيلين جميعًا، وليس للحاضر أن يقبض منه الدين حتى يحضر الغائب، أما القضاء بوكالتهما لأن الحاضر هو انتصب خصمًا عن الغائب؛ لأنه يدعي لنفسه حقا متصلا بحق الغائب؛ لأن أحد الوكيلين بالقبض لا ينفرد بالقبض، فانتصب الحاضر خصمًا عن الغائب، ولكن لا يقبض الحاضر شيئًا من الدين حتى يحضر الآخر؛ لأن صاحب الدين إنما رضي بأمانتهما، أما ما رضي بأمانة أحدهما. فإن حضر الغائب قبضا[1] الدين، ولا يحتاج الذي حضر إلى إثبات وكالته.

١٦٠١٠ - ثم ذكر محمد في الأصل مسألة الوكيل بقبض الدين، ولم يذكر مسألة التوكيل بالتقاضي، ولا شك أن على قولهما التوكيل بالتقاضي لا يكون توكيلا بالخصومة كالتوكيل بقبض الدين، وقد اختلف المشايخ فيه على قول أبي حنيفة، وروى المعلى عن أبي يوسف عن أبي حنيفة: أن الوكيل بالتقاضي يملك الخصومة، إذ أبى المطالب أن يعطيه.

الوكيل بقبض الدين إذا أقام بينة على الدين، فقضى القاضي على الغريم بذلك، وأمره بدفع المال إلى الغريم، وقبض الوكيل ذلك، وضاع من يده، ثم أقام الغريم بينة

---

(١) وفي الأصل: قبض.

على أنه قد قبضه ووهبه للغائب، فلا شيء له على الوكيل، إنما سبيله على الموكل؛ لأن يد الوكيل يده، هكذا ذكر في المنتقى.

١٦٠٦١ - وفي نوادر ابن سماعة عن محمد: في رجل ادعى على رجل حقا لغائب، وأقام بينة أن الغائب وكله بطلب حقه والخصومة فيه في ذلك، فأقام المدعى عليه بينة أن الموكل أخرج هذا من الوكالة بمحضر، أو بغير محضر منه، قبلت هذه البينة، وبطلت الوكالة؛ لأن الخصومة قد توجهت عليه من قبل الوكيل، لا من الغائب، والمدعى عليه يريد دفع خصومة الوكيل بإثبات العزل من الغائب، ولا يمكنه ذلك إلا ثبت العزل من الغائب، فينتصب الحاضر خصما عن الغائب.

وكذلك إذا أقام البينة على إقرار الوكيل أن الموكل أخرجه من الوكالة؛ قبلت البينة؛ لأنه يثبت بالبينة إقراره أنه ليس بخصم عن الغائب، واعتباره تندفع الخصومة عنه، فيكون خصما في إثبات إقراره، ومتى ثبت ثبت ببينته، وكذلك إذا أقام البينة على إقرار الموكل أنه لم يوكله، قبلت البينة.

١٦٠٦٢ - وإذا وكل الرجل رجلا بقبض جارية له في يدي فلان أو بنقل امرأته، أو بنقل مملوكه، فأقامت المملوكة البينة على العتاق، وأقامت المرأة البينة على الطلاق بحضرة الوكيل، فالقياس أن لا تقبل هذه البينة أصلا، لا في حق العتق، ولا في حق الطلاق، ولا في حق قصر يد الوكيل عنهما، وفي الاستحسان تقبل هذه البينة في حق قصر يد الوكيل، ولا تقبل في حق الطلاق والعتاق.

ووجه ذلك أن البينة من المرأة والمملوك قامت على شيئين: على زوال ملك الموكل، وعلى قصر يد الوكيل، ويعمله البينة في حق زوال ملك الموكل إن قامت على غير خصم، ففي حق قصر يد الوكيل قامت على خصم، وكذلك إذا وكل الرجل وكيلا بقبض دار له في يد رجل، وأقام الذي في يده الدار بينة أنه اشتراها من الذي وكله، قال في الأصل: لا أنفذ عليه، قالوا: ويجب أن تكون المسألة على القياس والاستحسان، وفي الجامع الصغير يقول: أقفه حتى يحضر الغائب.

١٦٠٦٣ - رجل استودع رجلا متاعا، ثم وكل رجلا بقبضه، فدفع المستودع إلى الوكيل غير متاع الموكل، فدفعه الوكيل إلى الموكل، فهلك عنده، فضمانه على الوكيل؛

لأنه قبضه على أنه ضمانه، ولا ضمان على الوكيل؛ لأنه حين دفعه إلى الوكيل برسالة فلان على أنه لفلان، فقد سلطه على الدفع إلى فلان.

١٦٠١٤ - في «المنتقى»: وفي «نوادر ابن سماعة» عن محمد: رجل وكل رجلاً بقبض ألفه من فلان، فقال الذي عليه الألف للوكيل: ليس عندي اليوم، فخذ هذا الثوب رهناً بالألف حتى أدفع إليك الألف إلى ثلاثة أيام، فأخذ الوكيل منه الرهن، وقيمته ألف، فضاع عنده قال: لا ضمان عليه؛ لأنه لم يل القرض، ولا الإدانة، إنما ولي ذلك غيره وإنما قبضه على أن يكون أميناً فيه لصاحب الدين.

١٦٠١٥ - وإذا قدم الرجل رجلاً إلى القاضي، وادعى أن فلاناً وكله بقبض دينه الذي على هذا، فهذا على أربعة أوجه: إما أن أقر المدعى عليه بالدين والوكالة جميعاً، أو أقر بالدين وجحد الوكالة، أو أقر بالدين، ولم يصدقه في الوكالة ولم يكذبه فيها، أو أقر بالوكالة وجحد الدين. ففي الوجه الأول: يؤمر بدفع الدين إلى الوكيل، ولو كان مكان الدين وديعة، وباقي المسألة بحالها، لا يؤمر بتسليمها إلى المدعي في ظاهر الرواية، وقد كتب الفرق في كتاب أدب القاضي من هذا الكتاب. وفي الوجه الثاني: لا يؤمر بالتسليم إليه، وقد ذكرنا ذلك أيضاً في كتاب أدب القاضي من هذا الكتاب.

وفي الوجه الثالث، وهو ما إذا لم يصدقه في الوكالة ولم يكذبه، لا يؤمر بالتسليم أيضاً؛ لأنه يحتمل التكذيب، وعلى تقدير التكذيب لا يؤمر بالتسليم، فلا يؤمر بالتسليم بالشك، فإن لم يكن للوكيل بينة على الوكالة في هذين الوجهين، فطلب من القاضي أن يحلف القاضي الغريم بالله ما يعلم أن فلاناً وكله بالقبض، ذكر الخصاف هذه المسألة في «أدب القاضي»، وقال: القاضي يستحلفه بالله ما يعلم أن فلاناً وكل هذا بقبض المال على ما ادعى، وأضاف هذا الجواب إلى أبي يوسف ومحمد، واختلف المشايخ فيه، بعضهم قالوا: هذا قول الكل إلا أن الخصاف لم يذكر قول أبي حنيفة؛ لأنه لم يحفظه، وإلى هذا مال شمس الأئمة الحلواني، ومنهم من قال: هذا قولهما، أما على قول أبي حنيفة: لا يحلف وإلى هذا مال شمس الأئمة السرخسي وشيخ الإسلام، وقد ذكرنا الوجه في كتاب أدب القاضي من هذا الكتاب، فإن حلفه القاضي على

لتحرر أن المتقاضي هو الذي يقبض الدين، كان التوكيل بالتقاضي توكيلاً بالقبض، وما لا فلا. وذكر الشيخ الإمام الزاهد فخر الإسلام علي البزدوي في شرح هذا الكتاب: أن الوكيل بالتقاضي في عرف ديارنا لا يملك القبض، كذا جرت العادة في ديارنا، وجعل التقاضي مستعملاً في المطالبة مجازاً؛ لأنه سبب الاقتضاء، وصارت الحقيقة مهجورة.

١٦٠١٧- الوكيل بقبض الدين إذا قبض كان المقبوض أمانة في يده، إذا أودع غيره يضمن إلا إذا أودع من في عياله، وهل له أن يسافر به؟ فهو على التفصيل الذي عرف في المودع إذا سافر بالوديعة.

١٦٠١٨- الوكيل بقبض الدين إذا قال: قبضت وهلك عندي، أو قال: دفعته إلى الموكل وكذبه الموكل، يصدق في حق براءة المديون لا في حق الرجوع على الموكل على تقدير الاستحقاق، حتى لو استحق إنسان ما أقر الوكيل بقبضه، وضمن المستحق الوكيل، لا يرجع الوكيل على الموكل.

١٦٠١٩- وفي وكالة «الجامع»: أحد ربي الدين إذا وكل أجنبياً بقبض نصيبه، فقبض صح، حتى لو هلك في يد الوكيل هلك من مال الآمر، ولكن إذا كان قائماً، فللشريك الآخر أن يشاركه، كما لو قبض أحد ربي الدين بنفسه. فهلك في يده كان الهالك من نصيبه، ولو كان قائماً، فلشريكه أن يشاركه فيما قبض، كذا هنا.

١٦٠٢٠- وفي «نوادر هشام» عن محمد: رجل قال لغيره: إن فلاناً قال لي: أقرضك ألف درهم، وقد وكلتك بقبضها منه لي، فقال الوكيل: قد قبضت منه، وقال المقرض: قد دفعته إلى الوكيل، وكذبهما الموكل، فالقول قول الموكل، وهكذا ذكر ابن سماعة في «نوادره» عن محمد.

ولو قال: ادفع إلى رسولي فلان الألف التي لي عندك، فقال الذي عليه الدين: قد دفعت وصدقه الرسول، فقال: قبضت إلا أني ضيعت، وكذبهما الآمر في الدفع والقبض، برئ الغريم من الدين.

١٦٠٢١- قال في «نوادر ابن سماعة» عن محمد: وليس القرض بمنزلة الديون، إنما القرض بمنزلة رجل دفع إلى رجل عبداً أو امرأة أن يبيعه، فقال الوكيل: بعته من فلان بألف درهم، وقبضت الألف، فضاعت مني، ولم أدفع العبد. فأنا أدفعه إلي

الذي اشتراه، وكذبه الآمر، وقال: لم يقبض الثمن، فالقول قول الآمر، ولا يصدق الوكيل على قبض الثمن من قبل أن العبد في يده، ولو كان الوكيل دفع العبد إلى المشتري، ثم أقر بذلك، كان القول قوله، وهذا قول أبي حنيفة.

١٦٠٢٢ - وفي «المنتقى»: إذا قال الرجل لغيره: أعتق عبدي على ألف درهم، واقبضها وادفعها إليّ، أو قال: اخلع امرأتي على ألف، واقبضها وادفعها إليّ، فقال الوكيل بعد ذلك: فعلت ذلك، وقبضت الألف، ودفعتها إلى الآمر، وكذبه الآمر في ذلك، فإن الوكيل يصدق في قوله: أعتقت وخلعت، ولا يصدق في قوله: قبضت الألف، وإن قال بعد إثبات العتق والخلع، قبضت ودفعت إليك، فإني أصدقه.

١٦٠٢٣ - وفي «المنتقى»: روى الحسن عن أبي حنيفة: إذا وكل الرجل رجلاً بقبض ماله على فلان، ثم إن الموكل قبض بعض ذلك، ثم إن الوكيل خاصم الغريم، فادعى الغريم قضاء بعض ما كان عليه، وجحده الوكيل، ولا بينة للغريم على ذلك، وأخذ الوكيل منه جميع المال، ثم حضر الموكل، فأقام الغريم بينة بالقضاء، فله أن يأخذ الطالب بذلك إلا أن يكون ذلك قائماً بعينه في يد الوكيل، فيأخذه من الوكيل، وإن كان قد ضاع من يد الوكيل، أو قال الوكيل: قد دفعته إلى الطالب، كان له مطالبة الطالب، وقد مر شيء من هذا قبل هذا.

وكذلك إذا أقر الطالب أنه قد كان قبضه، وإن كان قد وكله بعد ما قبض حقه، رجع على الوكيل بذلك إن أقام بينة أن قضى الطالب قبل وكالته، ولا شيء على الطالب في قولهم، وإن أقر الطالب بذلك، لم يرجع على أحد إلا أن يكون ذلك المال قائماً بعينه في يد الوكيل، فيرده عليه.

وفيه أيضاً: إذا وكله بقبض ماله على فلان، ودفع إليه الصك، وقد كان قبض ذلك من قبل، والمسألة بحالها، رجع به إن شاء على الطالب، وإن شاء على الوكيل، فإن رجع به على الوكيل، رجع الوكيل على الطالب.

١٦٠٢٤ - وإذا دفع الرجل إلى رجل ألف درهم، وقال: ادفعها إلى فلان قضاء عني، فدفع الوكيل غيرها، فالقياس أن يكون متبرعاً حتى إذا أراد أن يحبس الألف التي دفع إليه لنفسه لا يكون له ذلك، وفي الاستحسان: لا يجعل متبرعاً، وله أن يحبس

الألف التي دفع إليه بحقه، هكذا ذكر في "الأصل". وجه القياس في ذلك أنه قضى دينه بغير أمره؛ لأن الدراهم تتعين في الوكالات بعد القبض، حتى لو هلكت الدراهم المدفوعة إليه، بطلت الوكالة، وإذا تعينت الدراهم المدفوعة في الوكالة، كان الوكيل مأمورًا بقضاء الدين من تلك الدراهم، فإذا قضى من دراهم نفسه صار قاضيًا بغير أمره، فكان متبرعًا.

وجه الاستحسان: أن الدراهم إن كانت تتعين في حق الوكالة بعد القبض حتى بطلت الوكالة بهلاكها، لا تتعين في حق القضاء، ألا ترى أن للمطلوب أن يدفع إلى الطالب دراهم غير ما دفع إلى الوكيل، وألا ترى أن القضاء لا يسقط بهلاكها، وإذا لم يعتبر هذا التعيين في حق القضاء، صار في حق القضاء دافعًا حق نفسه، كأنه قال: اقض ديني، فيكون قاضيًا بأمره باعتبار جانب القضاء، ولا يكون متطوعًا، وباعتبار جانب الوكالة يصير قاضيًا بغير أمره، فيكون متبرعًا، فلا يجعل متبرعًا بما أدى بالشك والاحتمال.

١٦٠٢٥ - وإذا وكل الرجل رجلًا ليقضي دينه، فباع الوكيل الطالب بها دنانير أو عروضًا، فهو جائز، ويرجع الوكيل على المطلوب بالدراهم، فرق بين هذا وبين الطالب إذا وكل رجلًا يقبض الدراهم التي له على المطلوب، فأخذ مكانها دنانير، فإنه لا يجوز.

والفرق: أن مقصود الطالب من التوكيل بقبض الدراهم تحصيل الدراهم، فمتى قبض الوكيل الدنانير لم تحصل له الدراهم فصار مخالفًا، فأما مقصود المطلوب من التوكيل بقضاء الدين إسقاط ما في ذمته من الدين بمثله، وقد صار مسقطًا ما في ذمته؛ لأن القضاء إنما وقع بالدين الذي وجب للوكيل على الطالب بحكم المطالبة(1)، وذلك دراهم، وإذا صار بما فعل مسقطًا ما في ذمته بمثله، كان موافقًا أمر آمره، فجاز على الآمر، وكان للوكيل أن يرجع على المطلوب بالدراهم؛ لأنه صار قاضيًا دينه بالدراهم، لا بما دفع إلى الطالب من الدنانير والعبيد.

وفرق بين هذا وبينما إذا دفع المطلوب إلى رجل دراهم، ووكله بأن يقضي دينه،

---

(1) وفي م: المعاوضة، وفي ف والأصل: المعارضة.

فباع الوكيل دنانير أو عروضًا من الطالب بدينه؛ فإنه لا يجوز على الموكل، ويصير الوكيل متطوعًا. حتى لو أراد أن يحبس ما في يده من الدراهم لنفسه لم يكن له ذلك، وفي الموضعين جميعًا الوكيل مأمور بإسقاط ما في ذمته من الدين بمثله، وقد فعل؛ لأن القضاء يقع بالدين الذي وجب للوكيل على الطالب بحكم المقاصة، وذلك من جنس الدين الذي على المطلوب.

والفرق أن المقاصة في المسألتين جميعًا من حكم ما دفع الوكيل، فإنه بسبب دفع الوكيل يجب للوكيل الدين على الطالب، إلا أن المال متى لم يكن مدفوعًا إلى الوكيل، والوكيل بدفع الدنانير أو العروض إلى الطالب بدينه، موافق من وجه مخالف من وجه، من حيث إنه مأمور بدفع مال نفسه، وقد دفع مال نفسه موافق. ومن حيث إنه مأمور بدفع الدراهم؛ لأنه أمره بالقضاء، ولم يدفع الدراهم مخالف، وإذا كان في الدفع موافقًا من وجه مخالفًا من وجه كان في المقاصة التي هي حكم الدفع موافقًا من وجه مخالفًا من وجه؛ لأن الحكم لا يخالف السبب، فباعتبار المخالفة يكون متطوعًا؛ لأنه يكون قاضيًا بغير أمره، وباعتبار الموافقة لا يكون متطوعًا؛ لأنه يكون قاضيًا بأمره، فلا يكون متبرعًا بالشك.

فأما إذا كان دفع إليه الدراهم، فدفع الوكيل إلى الطالب دنانير أو عروضًا بدينه، فالوكيل مخالف فيما دفع إليه من كل وجه؛ لأنه أمره أن يدفع دراهمه إلى الطالب، وهو لم يدفع إليه دراهمه، إنما دفع دنانير نفسه، فكان في هذا الدفع مخالفًا من كل وجه باعتبار المال والنوع، وإذا صار الدفع بغير أمر من كل وجه، فالمقاصة التي هي حكم هذا الدفع يكون كذلك بغير أمره من كل وجه، فصار قاضيًا من كل وجه بغير أمره، فصار متطوعًا.

قياس تلك المسألة من هذه المسألة أن لو دفع الوكيل دراهم نفسه إلى الطالب، ولم يدفع دراهم الآمر، وفي هذه الصورة لا يصير متبرعًا استحسانًا، حتى كان له أن يحبس ما في يده بما قضى؛ لأنه في هذا الدفع مخالف من وجه من حيث إنه أمر بدفع دراهم الآمر، ولم يدفع، موافق من وجه من حيث إنه أمر بدفع الدراهم، وقد دفع الدراهم، كما في مسألتنا، والتقريب ما ذكرنا.

١٦٠٢٦- وفي «نوادر هشام» عن محمد: رجل دفع إلى رجل ألف درهم، وأمره أن يعطيها غريمه، فأعطاه المأمور غيرها من عنده، أو باعه بها ثوبًا، أو كان للمأمور على الغريم ألف درهم، فجعلها قصاصًا منها، فهذا كله جائز، قال هشام: يعني لا يكون متطوعًا فيما أدى. قال محمد: وإن دفع إليه غلامًا، وقال: بعه وأعطِ فلانًا ثمنه قضاء له عما عليّ، فأعطاه من عنده مثل ثمن الغلام قبل أن يبيعه قضاء عما له على رب الغلام، فهذا متطوع في هذا.

١٦٠٢٧- وفي «الفتاوى»: سئل الفقيه أبو بكر عن المديون إذا بعث بالدين على يدي رجل إلى الطالب، فجاء الرجل به إلى الطالب، وأخبره به، فرضي، وقال للذي جاء به: اشترِ لي بها شيئًا، فذهب واشترى ببعضه شيئًا، وهلك الباقي، قال: قد قيل: إنه يهلك من مال المطلوب، وقيل: إنه يهلك من مال الطالب، قال محمد: وهو الصحيح؛ لأن الرضى بقبضه في الانتهاء بمنزلة الإذن بالقبض في الابتداء، وهذه العلة تشير إلى أن الإجازة تلحق الأفعال، وهو الصحيح.

١٦٠٢٨- المديون إذا دفع ماله إلى رجل ليقضي به دينه، وقال له المديون: ادفع هذا المال إلى فلان قضاء عما له عليّ، وخذ الصك منه، فدفع ولم يأخذ الصك، فلا ضمان عليه، ولو كان قال: لا تدفع هذا المال حتى تأخذ الصك، أو قال: ما لم تأخذ الصك، فدفع قبل أخذ الصك، فهو ضامن، وعلى هذا المشتري إذا دفع ثمن ما اشترى إلى رجل ليدفع إلى البائع، وذكر أخذ الصك فهو على ما ذكرنا من الوجهين.

ولو قال: لا تدفع إلا بمحضر من فلان، فدفع بغير محضر منه، ذكر في «الأصل»: أنه ضامن، قيل هذا إذا كان فلان رفيع القدر، يحتشم الناس مخالفته، أما إذا كان وضيع القدر لا يحتشم الناس مخالفته، فلا ضمان؛ لأنه شرط شرطًا لا يفيد من كل وجه.

١٦٠٢٩- قال محمد في «الجامع»: وإذا أمر الرجل أن يقضي عنه دينه، فقال المأمور بعد ذلك للآمر: قد قضيت، فارجع عليك بذلك، وصدقه الآمر، وكذبه رب الدين، حتى كان له أن يرجع على مديونه بالدين، ولا يرجع المأمور على الآمر بشيء، وإن صدقه في القضاء؛ لأن القضاء لم يثبت لما حكمنا برجوع رب الدين على المديون.

القاضي عليه، فإنه يكون ذلك قضاء على الغائب، وينصب[١] الحاضر خصمًا عن الغائب.

١٦٠٢٢ - قال محمد في «الأصل»: فإذا قال الرجل لغيره: انقد فلانًا عني ألف درهم، أو قال: اقض أو قال: ادفع، أو قال: أعط، وذكر «عني» في هذه الألفاظ، ففعل المأمور ذلك، كان له أن يرجع على الآمر بذلك، وكذلك إذا لم يقل: «عني»، ولكن قال: الألف التي له، ففعل المأمور ذلك، كان له أن يرجع على الآمر بذلك، وإن لم يشترط الرجوع والضمان.

فرق بين هذا وبينما إذا قال لآخر: أدّ عني زكاة مالي، أو قال: أطعم عني عشرة مساكين عن كفارتي، أو قال: تصدق عني بعشرة دراهم على اثنين، أو قال: هب فلانًا عني ألف درهم، ففعل، لا يرجع على الآمر إلا بالشرط أو بالضمان، ومن حيث الصورة لا فرق؛ لأن الآمر طلب التمليك من المأمور في الفصول كلها لما أمره أن يقضي عنه؛ لأن القضاء لا يقع عنه إلا بعد وقوع الملك له في المقضي به، فيصير من حيث المعنى، كأنه طلب منه أن يقرضه ذلك القدر، ثم يكون وكيلًا عنه في الدفع إلى الغريم، هذا هو الطريق في الرجوع في فصل الدين، وهذا الطريق موجود في فصل الصدقة مع أخواتها، ومع هذا فرق.

والوجه في ذلك أن يقال: ليس طريق الرجوع في فصل الدين الإقراض والاستقراض، وكيف يمكن أن يقال ذلك، وأن القرض والاستقراض عقد ضمان والضمان غير مذكور، ولكن طريقه أن الآمر أمر المأمور بتمليك المال من الغريم عنه، فيثبت ملك الآمر في ضمن ملك الغريم، وملك الغريم في المقبوض يثبت ببدل؛ لأن الديون إنما تقضى بأمثالها، فيصير المقبوض مضمونًا على الغريم، وله على المديون مثله، فيلتقيان قصاصًا، فكذا يثبت الملك للآمر فيه بعوض، فكأن الآمر قال له: ملكني هذا القدر بعوض، ثم ادفع إلى فلان، ولو صرح به استحق الرجوع، فههنا كذلك.

أما في فصل الصدقة وأخواتها: الملك للفقير في المقبوض يثبت بغير بدل، فكذلك ملك الآمر فيه يثبت بغير بدل، والملك بغير بدل لا يكون إلا بالهبة أو الصدقة،

(١) في الأصل وفي م: نصب

فكأن الآمر طلب من المأمور أن يهب ذلك القدر منه أو يتصدق به عليه، ثم يتصدق على الفقير بوكالته، ولو نص على ذلك لا يثبت للمأمور حق الرجوع عليه، كذا ههنا.

ولو قال: انقده ألف درهم عني على أني ضامن لها، أو على أن يكفل بها، أو على أنها لك، أو إليّ، أو قبلي، أو عندي، ففعل المأمور ذلك، كان له أن يرجع على الآمر.

١٦٠٣٣ - المأمور بقضاء الدين إذا قضى أجود مما أمر به يرجع بمثل ما أمر به، ولو قضى أردأ مما أمر به، رجع بمثل المؤدى، والوكيل في هذا يخالف الكفيل بالمال، فإن الكفيل بالمال إذا أدى أجود مما كفل به، أو أردأ يرجع بما كفل به.

الشواب ضمن؛ لأنه وصف هؤلاء بالزمانة، ولو قال: على الشيب فتصدق به على الشباب لم يضمن. ولو قال تصدق به على مساكين أهل خراسان، فتصدق به على النصد، فهو ضامن؛ لأنه سمّى له جنس مخالف، ولا يشبه هذا الأبيض والأسود. ولو قال: تصدق على فقراء السند، أو على السود، وأراد به الجنس، فتصدق على غيرهم ضمن، ولو كان إنما أراد به السود لم يضمن.

١٦٠٣٨- رجل أمر رجلا أن يتصدق عنه بألف درهم له بعينها، فغصب الوكيل رجلا ألف درهم، فتصدق بها عن الموكل، ثم أدى ألف الموكل مكانها كان ذلك جائزاً، وهكذا روى عيسى بن أبان عن محمد.

المعلى عن أبي يوسف: رجل دفع إلى رجل مالاً، وقال له: ضع هذا المال في المسلمين حيث ما خيّرني الله فيه؛ فهذا على أهل الحاجة، وكذلك لو قال: في جيراني حيث ما خيرني الله فيه، فهو على الفقراء من جيرانه، ولو قال: في قرابتي حيث ما خيرني الله فيه، فهو على الغني منهم والفقير -والله أعلم-.

الوكيل بأداء الزكاة إذا أدى بعدما أدى الموكل بنفسه، ضمن عند أبي حنيفة، علم الوكيل بذلك أو لم يعلم، وعندهما إن علم الوكيل بذلك ضمن، وإن لم يعلم لا يضمن.

١٦٠٣٩- قال محمد في "الجامع الصغير": الرجل إذا دفع إلى رجل عشرة دراهم ينفقها على أهله، فأنفق عشرة من عنده، فالعشرة بالعشرة، وذكر هذه المسألة في وكالة "الأصل"، وذكر فيها القياس والاستحسان، فقال: القياس أن يكون متبرعاً، وفي الاستحسان: لا يكون متبرعاً.

١٦٠٤٠- وفي وكالة "العيون": رجل دفع إلى رجل عشرة دراهم ليتصدق بها، فأنفق الوكيل بها على نفسه، وتصدق بعشرة من مال نفسه عن الآمر، لم يجز؛ لأن بالإنفاق صارت الدراهم ديناً في الذمة، وما تصدق بها دراهم الوكيل، لا دراهم الآمر، ولو كانت الدراهم عنده قائمة، فلم يتصدق بها، وتصدق بغيرها، جاز استحساناً.

١٦٠٤١- رجل له مالان متفرقان، غنم وإبل سائمة، وجبت فيهما الزكاة، فدفع شاة إلى رجل، وقال: ادفعها إلى المصدق، ونوى أحد المالين، ثم بدا له فنوى المال

الآخر ، ولم يعلم الوكيل بذلك ، فهو على المال الأول ، لم يرد بقوله : نوى أحد المالين مجرد النية بالقلب ، وإنما أراد به التعيين باللسان ، بأن قال للمدفوع إليه : ادفعها إلى المصدق ليكون عن غنمي . ولو كان المالان للتجارة ، فانتقض باطلتان ، والمؤدى عنهما ، وإن ضاع أحد المالين قبل الأداء ، فالأداء عن الباقي ، وفي الوجه الأول لو ماتت الغنم السائمة قبل أن يؤدي الوكيل الشاة عنه كما أمره الموكل ، ثم أدى لم يقع المؤدى عن الإبل ، ولم يضمنها الوكيل ، المسألة في وكالة المنتقى .

وبما يتصل بهذين الفصلين في "المنتقى" :

قال هشام عن محمد : قال أبو يوسف : إذا أعطى الرجل رجلا عشرة دراهم ، وأمره أن يشتري له ثوبا ، وسمى جنسه وصفته ، فأنفق المدفوع إليه العشرة ، واشترى ثوبا مثل ذلك الثوب بعشرة من عند نفسه ، جاز على الآمر .

وفيه أيضا : ابن سماعة عن محمد : رجل دفع إلى رجل ألف درهم غلة ، وأمره أن يشتري بها عبدا ، فاشترى له عبدا بألف درهم وضح ، ونقد من مال نفسه ، وقال : أنا أرضى أن آخذ هذه الغلة مكان ألفي التي تقدمت ، لا يجوز ذلك على الآمر . ولو دفع إليه ألف درهم وضح ، وأمره أن يشتري له عبدا بألف درهم غلة ، ونقد من ماله ، جاز إذا كان العبد يشترى مثله بألف درهم وضح .

الفصل العاشر

في التوكيل بالشراء

هذا الفصل يشتمل على أنواع:

نوع منها: في جهالة جنس ما وكل به:

١٦٠٤٢- رجل أمر رجلا أن يشتري له جارية، فاشتراها، فهي للمأمور، وأمر الآمر باطل، هكذا ذكر في "الجامع الصغير". أصل هذا أن جهالة جنس ما وكل به إذا كان معقوداً عليه، يمنع صحة التوكيل، بيّن الثمن أو لم يبين، حتى إن من وكل رجلا أن يشتري رقيقاً أو دابة، لا يصح التوكيل، بيّن الثمن أو لم يبين؛ لأن الرقيق أجناس مختلفة؛ لأن اسم الرقيق يتناول الذكر والأنثى، والذكر من الأنثى في بني آدم جنسان مختلفان، ألا ترى أنه لو اشترى شخصاً على أنه عبد، فإذا هو جارية كان البيع باطلا. وكذلك الدابة أجناس مختلفة، فالموكل به مجهول الجنس من كل وجه، وأنه معقود عليه، فمنع جواز التوكيل، وهذا لأن الموكل به إذا كان مجهول الجنس من كل وجه، لا يمكن للوكيل الامتثال؛ لأن ما من جنس مال يشتريه الوكيل إلا وللموكل أن يقول: عنيت جنساً آخر، وهذه الجهالة لا ترتفع ببيان الثمن، إذ يوجد بما سمي واحد من كل جنس، والأمر بما لا يمكن للوكيل الامتثال به باطل، وجوده والعدم بمنزلة.

وإن كان الموكل به مجهول الجنس من وجه دون وجه، إن بيّن الثمن، أو بيّن النوع، صحت الوكالة، وإن لم يبين واحداً منهما لا تصح الوكالة، حتى إن من وكلا رجلا أن يشتري له جارية أو عبداً، إن بيّن النوع، بأن قال: تركي أو هندي، أو بيّن الثمن، صحت الوكالة؛ لأن العبد من وجه جنس واحد؛ لاستوائهم في منفعة أصل العمل، أجناس مختلفة من وجه، باعتبار منفعة الجمال، فإن الجمال مطلوب في بني آدم، ولهذا جعل رؤية الوجه في بني آدم كرؤية الكل، وفي هذه المنفعة يختلف الهندي مع التركي، فألحقناه بالنوع الواحد عند بيان النوع والثمن، وألحقناه بالجنس المختلف إذا لم يبين واحداً منهما عملا بالشبهين، وهذا لأنه إذا بيّن النوع، بأن قال: تركي، فقد اتحد

الجنس باعتبار منفعة العمل ومنفعة الجمال، فإن وصف هذا النوع واحد، وإنما يقع التفاوت في الكمال، ولا عبرة بالكمال، وإذا بيّن الثمن وثمن الهنود معلوم عادة، وثمن الأتراك كذلك، صار بيان الثمن كبيان النوع، حتى قال بعض مشايخنا: إذا كان يوجد بما سمى واحد من كل نوع، لا يصح التوكيل ببيان الثمن ما لم يبيّن النوع. وعن أبي يوسف: أن الوكالة في هذه الصورة تنصرف إلى مثل ما يليق بحال الموكل.

وأما إذا كان الموكل به معلوم الجنس من كل وجه، إلا أنه مجهول الصفة، فالتوكيل صحيح، بيّن الثمن أو لم يبين، حتى إن من وكل رجلا أن يشتري له شاة أو بقرا، أو ما أشبه ذلك، صح التوكيل، وإن لم يبين الثمن، وهذا لأن البقر كله جنس واحد. وكذلك الغنم كله جنس واحد؛ لأن المقصود من البقر العمل، وكل البقر في أصل هذه المنفعة على السواء، والمقصود من الشاة اللحم، وكل الشاة في أصل هذه المنفعة على السواء، والعبرة في إثبات المجانسة الاتفاق في أصل المنفعة، إذ لا نهاية للكمال، فكان معلوم الجنس من كل وجه، إلا أنه مجهول الصفة، لكن جهالة الصفة لا تصلح مانعة جواز التوكيل؛ لأن التوكيل إنما جاز توسعة للأمر على الناس، ليصلوا إلى مصالحهم الحاجية إذا لم يكن للموكل مباشرة ذلك بنفسه، وهذا المعنى يقتضي إسقاط اعتبار بيان الصفة؛ لأن بيان الصفة من كل وجه متعسر، فلو اعتبر بيان الصفة يضيق الأمر على الناس، بخلاف جهالة الجنس؛ لأن بيان ذلك متيسر، فلو شرط ذلك لا يضيق الأمر على الناس.

وهذا كله في المعقود عليه، فأما في المعقود به جهالة الجنس لا تمنع صحة التوكيل، حتى إن من وكل رجلا يبيع عينا من أعيان ماله، جاز وإن لم يبين الثمن، وكان له أن يبيع بأي ثمن شاء عند أبي حنيفة، وإنما جاء الفرق لأن المقصود من جانب المعقود به تحصيل المالية دون العين؛ لأن الأصل في المعقود به الدراهم والدنانير، والمقصود منهما المالية دون العين، حتى لم يتعلق العقد بأعيانهما، والأشياء كلها في المالية على السواء، فكان الجنس متحدا، فأما في جانب المعقود عليه، فالمالية كما هي مقصودة، فالمنافع التي تحصل منها مقصودة أيضا، وذلك كاللبس في الملبوس والركوب في المركوب، والأعيان باعتبار المنافع الحاصلة منها أجناس مختلفة؛ لأن بعض المنافع توجد في بعض الأعيان دون البعض، وجهالة الجنس فيما هو مطلوب من الأمر يمنع جواز الأمر.

قال: والدور نظير العبيد والجواري، جنس واحد من وجه، من حيث إن الكل في منفعة أصل التمكن على السواء، أجناس مختلفة من وجه، من حيث إن منفعة التحصين لا يحصل ببعض الدور من غير مالك، وبالبعض يحصل من غير مالك، فقلنا: إذا بيّن المحلة أو الثمن يجوز التوكيل، وإذا لم يبين واحدًا منهما لا يجوز التوكيل. هذا هو جواب ظاهر الكتاب. وبعض المتأخرين من مشايخنا قالوا: وإن بيّن الثمن، لا يجوز التوكيل ما لم يبين المحلة.

١٦٠٤٣- وفي المجرد: إذا قال الرجل لغيره: اشتر لي دارًا بألف درهم، فالوكالة باطلة، ولو قال: اشتر لي دارًا بالكوفة في موضع كذا، سمّى موضعًا متقاربًا بعضه من بعض، جازت الوكالة، سمى الثمن أو لم يسمّ.

١٦٠٤٤- وروى هشام عن محمد: إذا أمر رجلًا أن يشتري له دارًا بألف درهم، فهذا على المصر الذي أمره فيه، ولو قال: اشتر لي دارًا بالشام بألف درهم، فهذا فاسد؛ لأنه متفاوت.

١٦٠٤٥- وفي المنتقى: إذا قال لغيره: اشتر لي خادمًا بألف درهم، فإن الخادم يكون على العبيد والإماء، وفي القياس لا يكون على الإماء. وروى بشر عن أبي يوسف: أن هذا على الجارية، وقد يقع على الغلام، والغالب على الجارية.

١٦٠٤٦- وفيه أيضًا: إذا قال لغيره: اشتر لي خادمًا من جنس كذا وكذا، ولم يسم ثمنًا، فهو جائز على ما يتعامل عليه الناس في ذلك الجنس، فإن جاء بشيء من ذلك مستنكر كثير الثمن لا يتعامل مثله العامة، لم يجز على الآمر.

١٦٠٤٧- وإذا وكل رجلًا أن يشتري طعامًا، ودفع إليه الدراهم، صح التوكيل استحسانًا، وينصرف التوكيل إلى الحنطة ودقيقها وخبزها، هكذا ذكر في الأصل، ويحكم للدراهم في تعيين واحد منها، فإن كانت الدراهم قليلة بحيث لا تشترى بمثلها في العرف إلا الخبز، فالتوكيل ينصرف إلى الخبز، حتى لو اشترى الخبز يجوز على الآمر، ولو اشترى الحنطة أو الدقيق لا يجوز على الآمر. وإن كانت الدراهم وسطًا بحيث يشترى بها الحنطة أو الدقيق، ولا يشترى بها الخبز، فالتوكيل ينصرف إلى الحنطة، ولو اشترى الخبز لا يجوز على الآمر. وإن كانت الدراهم كثيرة بحيث يشترى

بها الحنطة، ولا يشتري بها الدقيق ولا الخبز، فالتوكيل ينصرف إلى الحنطة. لو اشترى الحنطة يجوز على الآمر، ولو اشترى الدقيق والخبز، لا يجوز على الآمر.

١٦٠٤٨- قال القدوري في كتابه: إذا كان الرجل قد اتخذ وليمة، يعلم أن مراده من التوكيل الخبز، فإن كثرت الدراهم، فاشترى الخبز في هذه الصورة يجوز على الآمر، ولو اشترى بالدراهم شعيراً، لا يجوز على الآمر. ذكره في باب السلم. وكذا لو اشترى بها لحماً أو فاكهة، لا يجوز على الآمر، وهذا استحسان. والقياس أن يدخل فيه كل مطعوم كما في الوصية. وجه الاستحسان: أن الطعام إذا ذكر مقروناً بالشراء، يراد به في العرف الحنطة ودقيقها. قالوا: وهذا عرف أهل الكوفة، فإن سوق الحنطة ودقيقها عندهم يسمى سوق الطعام، فأما في عرف غير أهل الكوفة، التوكيل ينصرف إلى شراء كل مطعوم. وبعض مشايخ ما وراء النهر قالوا: الطعام في عرف ديارنا ما يمكن أكله من غير إدام، كاللحم المطبوخ والمشوي ونحوه، فينصرف التوكيل إليه، دون الحنطة والدقيق والخبز.

١٦٠٤٩- وفي القدوري عن أبي يوسف: لو وكله بشراء لحم بدرهم، فاشترى المطبوخ أو المشوي منه، لم يجز على الآمر إلا إذا كان مسافراً نزل خاناً. وذكر هذه المسألة في "المنتقى" رواية إبراهيم عن محمد، وذكر أنه إذا اشترى لحماً مشوياً لم يجز على الآمر، فإن كان الآمر مسافراً، استحسن أن يجوز.

١٦٠٥٠- قال في القدوري: ولحم الطير والوحش يجوز عليه إن كان في بلد تباع في أسواقه، ومنه يشتري الناس، وشراء الشاة الحية والمذبوحة لا يجوز على الآمر، وإن سمى في الأمر عشرة دنانير إلا أن يكون مسلوخة.

١٦٠٥١- ولو وكله بشراء البيض، فهو على بيض الدجاج، بخلاف اليمين على أكل البيض، فإنه يقع على بيض الأوز أيضاً.

١٦٠٥٢- وعن الحسن في المجرد: إذا وكله بشراء دهن، فهو على دهن يباع في السوق، وكذا إذا قال: فاكهة، فهو على فاكهة يباع في السوق.

وفي "المنتقى": لو أن رجلاً من أهل البادية أمر رجلاً أن يشتري له جارية حبشية، ولم يسم ثمناً، جاز له أن يشتري من الضرب الذي يشتري أهل البادية ويشتري لهم،

وإن تعدى ذلك إلى ما لا يشترى أهل السوادي لم يجز، إنما هذا على ما يتعامل أهل ذلك البلد والآمر ونظرائه، وهذا استحسان. وكله بشراء الحنطة، ولم يسم كيلاً ولا ثمناً، لا يصح، ولو سمى كيلاً أو ثمناً يصح، وعلى هذا سائر ما يكال أو يوزن في الأصل.

١٦٠٥٣ – وفي المنتقى: ولو وكله أن يشتري له فرساً أو برذوناً، وسمى له الثمن، فاشترى له رمكة من الخيل، أو البراذين، فهذا لا يجوز على أهل الأمصار، ويجوز على أهل البلدان التي يتخذ فيها الرماك، وهذا على ما يتعامل عليه الناس. وأما البغل فهو على الذكر والأنثى في الأمصار وغيرها، إن لم يسم له ذكراً أو أنثى. ولو أمره أن يشتري له بغلاً لا يلزمه الأنثى، ولو أمره أن يشتري له بغلة، لا يلزمه الذكر. ولو أمره أن يشتري له بقراً لا يلزمه الأنثى. ولو قال: بقرة لا يلزمه الذكر. وهذا بخلاف ما ذكره في الجامع، فقد ذكر ثمة أن البقرة مع الهاء وبدون الهاء اسم جنس.

وفي بعض الفتاوى: إذا أمر إنساناً يشتري له حماراً، ينصرف الأمر إلى ما يركبه مثل الآمر، حتى إنه لو كان الآمر هو القاضي، فاشترى المأمور حماراً مقطوع الأذنين أو الذنب لا يجوز، بخلاف ما إذا أمره الغاليزي[1] بذلك.

١٦٠٥٤ – قال في الزيادات: ولو وكل الرجل رجلاً أن يشتري له الدواب أو الثياب بألف درهم، ودفع إليه الألف أو لم يدفع، فالتوكيل صحيح؛ لأن هذا اسم جنس، ونحن نعلم يقيناً أنه لم يرد به تعميم الجنس، إذ لا يتهيأ للواحد شراء جميع ما في العالم من الدواب والثياب، فكان المراد ما يتهيأ له من ذلك الجنس، ويكون دليلاً على أنه قطع رأيه، وفوض الأمر إليه، كأنه قال: اشتر لي ما شئت، أو بدا لك، ولو نص على ذلك كان التوكيل جائزاً، كذا هذا.

وكذلك لو قال: اشتر لي دواباً أو ثياباً بألف درهم؛ لأن في اسم الجنس، المذكور بالألف واللام، والمذكور بغير الألف واللام سواء. ولو وكله أن يشتري له أثواباً بألف، لا يصح؛ لأن هذا اسم جمع، وليس باسم جنس، ألا ترى أنه يستقيم قران العدد به،

(١) وفي الأصل: الغاشري.

نوع آخر

في بيان ما يكون توكيلاً وما لا يكون:

١٦٠٥٨ - قال محمد في "الزيادات": إذا دفع إلى رجل ألف درهم، وقال: اشتر لي بهذا وبع، أو قال: اشتر بهذا وبع، ولم يقل: لي، كان توكيلاً جائزاً، وله أن يشتري ما بدا له ويبيع؛ لأنه فوّض التصرف إليه على الإطلاق والعموم، أكثر ما فيه أنه لم يضف الشراء إلى نفسه في الصورة الثانية إلا أنه أضافه إلى ماله، وفي الوكالات لا فرق بين الإضافة إلى نفسه وبين الإضافة إلى ماله، ألا ترى أن من قال لغيره: اشتر لي جارية بألف درهم، أو قال: اشتر جارية بألف درهم من مالي، أو قال: اشتر جارية بهذه الألف، وأضاف إلى مال نفسه، كان توكيلاً صحيحاً، وكذا الإشارة إلى ماله بمنزلة إضافة المال إلى نفسه، وإضافة المال إلى نفسه بمنزلة إضافة العقد إلى نفسه.

١٦٠٥٩ - ولو قال: اشتر جارية بألف درهم، أو قال: اشتر هذه الجارية بألف درهم، لا يكون توكيلاً، إذ لم يوجد ما يدل على التوكيل من إضافة الشراء إلى نفسه أو ماله، فلم يكن توكيلاً، بل كان مشورة.

ولو قال: اشتر هذه الجارية على أن أعطيك على شرائك درهماً، كان توكيلاً؛ لأنه ألحق بآخر كلامه ما يدل على التوكيل، وهو اشتراط الأجر، فإن الإنسان إنما يشترط الأجر على نفسه بعمل يقع له، لا بعمل يقع لغيره، ولكن يجب أجر المثل؛ لأن الاستئجار على الشراء فاسد، ولا يزاد على درهم؛ لأنه قد تم رضاه بهذا القدر.

نوع آخر

١٦٠٦٠ - إذا وكله بشراء جارية وسمى جنسها وثمنها، فاشترى له جارية عمياء أو مقطوعة اليدين، جاز على الآمر عند أبي حنيفة خلافاً لهما، ولا يجوز العوراء ومقطوعة إحدى اليدين إجماعاً. وفي وكالة "المنتقى" عن أبي يوسف عن أبي حنيفة: أنه إذا اشترى جارية عمياء، ومثلها يشترى بذلك لم يجز على الآمر، ثم رجع، وقال:

يجوز، وهو قول أبي يوسف، ولو وكله بشراء رقبة لم يجز العمياء، وكذا لو وكله بشراء جارية تخدمه، أو سمى شيئاً(١) من الأعمال لم تجز العمياء.

١٦٠٦١ - وفي نكاح المنتقى: عن محمد عن أبي حنيفة: فيمن أمر رجلاً أن يزوجه امرأة، فزوجه عمياء جاز، وقالا: لا يجوز. قيل لمحمد: إن قال زوجني امرأة سوداء، فزوجه امرأة بيضاء، قال: لا يلزمه، وإن قال: زوجني عمياء، فزوجه بصيرة يجوز، بخلاف الأول؛ لأن الأول خص، وكذلك قال في الوكالة بالشراء.

١٦٠٦٢ - وفي القدوري: وكله أن يشتري له جارية يطأها، فاشترى أخت الآمر لم يجز. وفي نوادر ابن سماعة عن محمد: إذا أمره أن يشتري له جارية يطأها، فاشترى امرأته أو أخته أو أم ولده أو جارية في عدة، فهو جائز، قال ثمة: إذا اشترى جارية قد يحل له وطؤها على حال جاز عليه. وفي نوادر هشام عن محمد: أنه لا يجوز على الآمر، وعن أبي يوسف: أنه إذا كانت العدة بالشهور لزم الآمر، وفيه أيضاً: إذا اشترى أخت أمة هي عند الآمر، وقد وطئها الآمر، قال: يلزم الآمر؛ لأن له أن يبيع الأخت.

قال هشام: قلت لمحمد: وله أن يطلق المرأة، قال: يعني ذلك لو جوز به العقد، قال: وهو في القياس سواء، لكني أستحسن ذلك.

١٦٠٦٣ - وفي المنتقى: إبراهيم عن محمد: رجل قال لغيره اشتر لي جاريتين أطأهما، فاشترى له جارية وابنتها، جاز الشراء على الآمر؛ لأن وطأهما حلال له، وإنما يحرم عليه إحداهما بوطء الأخرى، وفي النوازل: عن أبي يوسف في غير هذه الصورة: أنه إذا اشترى أختين في صفقة واحدة، أو جارية وعمتها، أو خالتها من رضاع أو نسب، فهو مخالف عند أبي يوسف، ولو اشتراهما في صفقتين، فهو ليس بمخالف.

١٦٠٦٤ - وفي النوازل: إذا أمره أن يشتري له جارية يطأها، فاشترى جارية صغيرة لا توطأ مثلها، أو مجوسية، فهو مخالف، والنصرانية واليهودية تجوز على الآمر، والصابئة تجوز على الآمر في قياس قول أبي حنيفة، وفي قياس قولهما: لا يجوز. ولو اشترى رتقاء ولم يعلم به، جاز على الآمر، وله حق الرد، ولو كان

---

(١) وفي خ: عملاً.

بعينه، فهو مخالف، وكذلك لو لم يعلم وشرط براءة البائع عن كل عيب، وكذلك لو أمره أن يشتري له جارية يعتقها عن ظهاره، فاشترى جارية عمياء، أو مقطوعة اليدين، ولم يعلم نفذ على الآمر، وله حق الرد، ولو كان يعلم، فهو مخالف.

نوع آخر:

اختلف فيه المشايخ، قال أبو طاهر الدباس في الوكيل بالشراء إذا اشترى ما وكل بشرائه: إن الملك يثبت للموكل ابتداء، لا أنه يثبت للوكيل أولاً، ثم ينتقل من الوكيل إلى الموكل، ألا ترى أن المشتري لو كان قريب الوكيل أو كانت زوجة الوكيل لا يعتق عليه، ولا يفسد نكاحه، ولو كان الملك يثبت للوكيل أولاً يعتق عليه، ويفسد نكاحه.

وقال الكرخي وجماعة من أصحابنا: الملك يثبت للوكيل أولاً، ثم ينتقل منه إلى الموكل بشراء حكمي ينعقد بين الموكل وبين الوكيل، إلا أن الملك الذي يثبت للوكيل ملك لا قرار له، كما يثبت له ينتقل إلى الموكل، ومثل هذا الملك لا يكفي[1] لفساد النكاح والعتق عليه. والقاضي الإمام الكبير أبو زيد كان يقول: الوكيل نائب في حق الحكم، فيثبت الملك للموكل بشرائه ابتداء، كما قاله أبو طاهر، أصيل في حق الحقوق، فيثبت الحقوق في حق الحكم للوكيل ابتداء، ثم ينتقل الحقوق من قبله، كما قاله الكرخي

نوع آخر في التوكيل بشراء شيء بعينه إذا أراد أن يشتري ذلك الشيء لنفسه:

١٦٠٦٥ - قال محمد في «الأصل»: إذا وكل الرجل رجلاً أن يشتري له عبداً بعينه بثمن مسمى، وقبل الوكيل الوكالة، ثم خرج من عند الموكل، وأشهد أنه يشتريه لنفسه، ثم اشترى العبد بمثل ذلك الثمن، فهو للموكل؛ لأن الوكيل بشراء شيء بعينه، لا يملك شراء ذلك الشيء لنفسه على موافقة الأمر، إلا أن يعزل نفسه عن الوكالة قبل الشراء حتى تفيد الوكالة فائدتها؛ لأن فائدة الوكالة أن الوكيل متى باشر ما دخل تحت الوكالة، يكون واقعاً لموكله، فلو وقع للوكيل ما أفادت الوكالة فائدتها. قلنا: ولا يمكنه

(١) هكذا في ظ و ب، وكان في الأصل و م: يكفي

عزل نفسه قبل الشراء والموكل غائب؛ لأنه عزل قصدي، والعزل القصدي من الوكيل حال غيبة الموكل لا يصح نفياً للضرر عنه، فإنه قصد شراء ذلك الشيء، وإنما ترك شراءه بنفسه؛ لأنه يجوز ينوبه اعتماداً على وكالته، فلو عزل نفسه حال غيبته، واشترى لنفسه تضرر به، فلهذا لم يصح عزله ووقع الشراء لموكله. وهذا بخلاف ما لو وكل بشراء عبد بغير عينه، إذا اشترى عبداً، ونوى لنفسه، فإنه يصير مشترياً لنفسه؛ لأن شراء هذا العبد غير داخل تحت الوكالة لا محالة، بل متردد بين أن يكون داخلاً، وبين أن لا يكون، فاحتيج إلى النية لتعيين الشراء لأحدهما.

وأما إذا كان العبد بعينه، فشراؤه داخل تحت الوكالة من كل وجه، فمتى أتى به على موافقة الأمر، وقع الشراء لموكله، نوى أو لم ينو، وهذا بخلاف ما لو كان الموكل حاضراً، وأشهد أنه اشترى لنفسه، فإنه يكون مشترياً لنفسه؛ لأنه عزل نفسه بمقتضى الإقدام على الشراء لنفسه، وله عزل نفسه حال حضرة الموكل، ولا كذلك حال غيبة الموكل.

ولو اشتراه الوكيل بأكثر من الثمن الأول، أو بجنس آخر، فإنه يصير مشترياً لنفسه؛ لأن هذا الشراء غير داخل تحت الوكالة، وما لم يدخل تحت الوكالة، فالحال فيه بعد الوكالة كالحال قبلها، وأما الشراء بمثل الثمن المأمور به داخل تحت الوكالة، وما يفعله الوكيل على موافقة الأمر فإنه يقع لموكله، نوى أو لم ينو، حتى يفسخ الوكالة بإذنها.

ونظير هذا من الوكيل بنكاح امرأة بعينها إذا نكحها من نفسه بمثل المهر المأمور به، فإنه يجوز على الوكيل، والفرق أن النكاح الذي أتى به الوكيل غير داخل تحت الوكالة؛ لأن الداخل تحت الوكالة نكاح مضاف إلى الموكل، فإن الوكيل بالنكاح يضيف النكاح إلى موكله، فيقول: زوجتك لفلان، فإذا قال: زوجتك، فلم يأت بالنكاح المأمور به، فنفذ على الوكيل، فأما الداخل تحت الوكيل بشراء شيء بعينه، شراء مطلق بمثل الثمن المأمور به، لا الشراء المضاف إلى الموكل، وقد أتى بذلك، والوكيل إذا أتى بما دخل تحت الوكالة، فإنه يقع لموكله. فإن كان قد وكل هذا الوكيل رجل آخر بشراء هذا الشيء المعين أيضاً، فاشتراه الوكيل للثاني، فهو للموكل الأول دون الثاني؛ لأن

الوكيل بشراء شيء بعينه لا يملك الشراء لنفسه(١) بمثل المأمور به، فلا يملك لغيره من طريق الأولى؛ لأنه يتصرف على نفسه بولاية أصلية، وعلى غيره بولاية عارضية، والولاية الأصلية أقوى من الولاية العارضية.

وهذا إذا قبل الوكالة من الثاني بغير محضر من الأول؛ فإن قبل بمحضر من الأول، فالمشتري للثاني؛ لأنه يملك الشراء لنفسه بمحضر من الأول، فيملك الشراء لغيره إن قبل الوكالة بمحضر من الأول، فإن كان الثاني سمى له جنساً آخر من الثمن، بأن سمى الأول ألف درهم، وسمى الثاني مائة دينار، فاشتراه بمائة دينار، فهو للثاني؛ لأنه يملك الشراء لنفسه بالدنانير بعد ما توكل عن الأول في شرائه بألف درهم، فيملك الشراء لغيره بالدنانير أيضاً.

١٦٠٦٦ - وإن كان الآمر أمره أن يشتري له هذا العبد بعينه، ولم يسم له الثمن، إن اشتراه المأمور بأحد النقدين، إما بالدراهم أو بالدنانير، يصير مشترياً للآمر، وإن كان نوى الشراء لنفسه، أو صرح به، وإن اشتراه بشيء آخر غير الدراهم والدنانير، يصير مشترياً لنفسه عند علمائنا خلافاً لزفر؛ لأن مطلق التوكيل بالشراء ينصرف إلى الشراء بأحد النقدين بحكم العرف، فكأنه صرح به.

١٦٠٦٧ - ولو وكل الوكيل رجلاً ليشتري ذلك الشيء بعينه، فإن كان الوكيل الثاني اشترى ذلك الشيء بعينه للوكيل الأول، يكون للوكيل الأول؛ لأن هذا الشراء لم يدخل تحت الوكالة؛ لأن الداخل تحت الوكالة شراء حضره رأي الوكيل، وهذا شراء لم يحضره رأي الوكيل الأول، فتعذر تنفيذه على الموكل الأول، فنفذ على الوكيل الأول.

قالوا: إنما ينفذ الشراء على الوكيل الأول في هذه الصورة إذا قال الوكيل الأول للوكيل الثاني: اشتر هذا الشيء لي، أو قال: اشتر لي هذا الشيء، فأما إذا قال: اشتر لموكلي فلان، فاشتراه الوكيل الثاني فهو للوكيل الثاني لا للوكيل الأول. فأما إذا اشترى الوكيل الثاني بحضرة الوكيل الأول، فإن اشتراه بمثل الثمن الذي هو داخل تحت الوكالة الأولى أو أقل منه، ينفذ على الآمر الأول، وإن اشتراه بأكثر من الثمن الأول، أو بجنس آخر، ينفذ على الوكيل الأول؛ لأن هذا شراء حضره رأي الوكيل الأول، فكأن الوكيل

(١) وفي ب: بمثل الثمن المأمور به.

نوع آخر

يتصل بهذا النوع:

١٦٠٧١- ذكر في شركة[1] القدوري: إذا قال الرجل لآخر: اشتر عبد فلان بيني وبينك، فقال: نعم، ثم لقي المأمور رجل آخر، فقال له: اشتر عبد فلان بيني وبينك، فقال: نعم، ثم اشتراه المأمور، فهو بين الآمرين، ولا شيء للمأمور؛ لأن الأمر من الأول انصرف إلى النصف، ومن الثاني انصرف إلى النصف الآخر؛ لأن الوكيل في مثل هذه الصورة لا يملك عزل نفسه عن الوكالة بغير محضر من الموكل.

ولو لقيه ثالث قبل الشراء، فقال له: اشتر عبد فلان بيني وبينك، فقال: نعم، ثم اشتراه المأمور، فإن كان المأمور قبل الوكالة بمحضر من الأولين، فالعبد بين المأمور وبين الثالث نصفان، ولا شيء للأولين من العبد، وإن كان قبل الوكالة من الثالث بغير محضر من الأولين، فالعبد بين الأولين نصفان؛ لأنه قبل الوكالة من الأول في النصف، ومن الثاني في النصف، وقبوله الوكالة من الثالث عزل لنفسه عن وكالة الأولين، وهو لا يملك عزل نفسه حال غيبة الأولين، ويملك حال حضرتهما، فإذا قبل الوكالة من الثالث حال غيبتهما عن وكالتهما، فكان المشتري بينهما، وإذا قبل الوكالة من الثالث حال حضرتهما، فقد انعزل عن وكالتهما، وصار وكيلا عن الثالث بشراء النصف، فكان المشتري بين الثالث وبين المأمور.

نوع آخر:

الوكيل بالشراء يطالب بالثمن من مال نفسه، وإن لم يدفع إليه الموكل بعد؛ لأن الثمن يجب بالعقد، وهو الذي باشر العقد. ثم إن أكثر مشايخنا ذكروا أن المسألة على الخلاف بيننا وبين الشافعي، وذكر شيخ الإسلام: أن المسألة على الوفاق، وأجمعوا أن الوكيل بالصرف: يقبض ما اشترى ويسلم البدل. وللوكيل بالشراء أن يرجع على الموكل بالثمن قبل أن يؤدي الثمن من مال نفسه؛ لأن رجوع الوكيل على الموكل بحكم

---

(١) هكذا في ظ و ب، وكان في الأصل وف: في شرح القدوري

بيع حكمي انعقد بين الوكيل والموكل، كأن الوكيل اشتراه لنفسه، ثم باعه من الموكل، ولو كان هكذا كان للوكيل أن يرجع على موكله، وإن لم يرجع البائع على الوكيل، كذا هنا. وللوكيل أن يحبس المشترى من الموكل إلى أن يأخذ منه ما نقد؛ لأن الوكيل من الموكل بمنزلة البائع من الوكيل، وللبائع حق الحبس من الوكيل إلى أن يستوفي الثمن، فكذا للوكيل.

وإن هلك المشترى في يد الوكيل قبل الحبس، هلك على الموكل من غير ضمان على الوكيل. وإن هلك بعد الحبس، قال زفر: يضمن الوكيل قيمته للموكل كالغاصب يهلك عنده المغصوب، وعند أبي حنيفة ومحمد: يهلك بالثمن بهلاك المبيع قبل القبض، وعند أبي يوسف: يهلك بالأقل من قيمته ومن الدين لو كان الثمن أكثر، يرجع الوكيل على الموكل بالفضل.

ولم يذكر محمد في شيء من الكتب أن الوكيل إذا لم ينقد الثمن، وسامحه البائع، وسلم المبيع إليه، هل له حق الحبس عن الموكل إلى أن يستوفي الدراهم منه، وحكي عن الشيخ الإمام شمس الأئمة الحلواني: أن له ذلك. وإنه صحيح؛ لأن حق الحبس للوكيل في موضع نقد الدراهم ليس لأجل ما نقد، بل لأجل بيع حكمي انعقد بين الوكيل والموكل، وهذا المعنى لا يختلف بينما بعد نقد الوكيل الثمن، وبينما قبل نقده ذلك.

١٦٠٧٢ - وفي المنتقى: الوكيل بشراء الجارية بالألف إذا اشتراها بالألف كما أمر، ونقد الألف، وقبضها، ولم يحبسها عن الآمر حتى نقد الآمر خمسمائة، ثم طلبها منه ليقبضها، فهلكت في يده، سلم للوكيل الخمسمائة المقبوضة، ويطلب الباقية عن الآمر. ولو كان حبسها في الابتداء، فعليه رد المقبوضة أيضاً.

١٦٠٧٣ - وفي الإملاء عن محمد: الوكيل إذا اشترى عبداً بألف درهم مثلة، وقبضه فلم يقبضه الآمر حتى حل المال، وأخذ البائع الوكيل به، فأراد الوكيل منعه من الموكل حتى يعطيه الثمن، لم يكن له ذلك، ولو منعه صار غاصباً ولو قبضه الآمر، ثم حضر الوكيل، وأخذه بغير محضر من الآمر، ولم يذكر أنه يأخذه حتى يعطيه الثمن، فمات في يده، بطل الثمن عن الآمر، واجعل الأخذ منه منعاً للعبد كأنه منعه حتى يعطيه

الثمن .

ولو كان الآمر أمره أن يشتري له جاريتين كل جارية بألف درهم ، أو أمره أن يشتريهما جميعاً بألف درهم ، فاشتراهما وقبضهما ، ثم إن الآمر طلب منه إحداهما بعينها ، فمنعها إياه حتى ماتت ، بطل ثمنها عن الآمر ، فإن قال الآمر : لا حاجة لي في الباقية ، لا يلتفت إلى قوله ، ولزمته حصتها .

فإن لم تمت التي منعها إياه الوكيل ، ولكن ماتت الأخرى ، فالباقية لازمة للآمر ، وعليه ثمنهما جميعاً ، ولو كان الآمر أمره أن يشتري جاريتين : إحداهما بألف درهم حالة ، والأخرى بألف درهم إلى سنة في صفقة واحدة ، فاشتراهما كما أمره ، وقبضهما ، فطلبهما منه الآمر ، فمنعهما إياه حتى يعطيه الثمن ، فليس له ذلك ، ولكن يعطيه الجارية التي ثمنها إلى أجل ، فإن منعها إياه ، يعني التي ثمنها إلى أجل معلوم ، حتى ماتت ، فعليه قيمتها للآمر . وأما الأخرى فله أن يمنعها إياه حتى يعطيه الثمن ، فإذ منعها إياه حتى ماتت ، فقال الآمر : لا حاجة لي بالتي ثمنها إلى أجل ، لا يلتفت إلى قوله ، ولكن لزمته بألف إلى أجل ، وكذلك لو وكله أن يشتريهما له بثمن حالين ، فاشتراهما كذلك ، فلم يمنعهما عن الآمر حتى أخر البائع المشتري ثمن إحداهما ، كان هذا والأول سواء في جميع ما وصفت لك .

قال : ولا يشبه المشتري الوكيل فيما بينه وبين الآمر البائع في هذا ، فإن من باع جاريتين بألف درهم حالتين ، فلم يقبضهما المشتري ، حتى أخره البائع بثمن إحداهما ، لم يكن للمشتري أن يقبض واحدة منهما حتى يعطي الثمن الحال ؛ لأن الوكيل المشتري إنما يكون فيما بينه وبين الموكل بمنزلة البائع بعد الشراء ؛ لأنه بالشراء يصير كالبائع من الآمر ، أما قبل الشراء فلا ، فلا جرم إذا وجد الشراء من الوكيل ، بأن اشترى جاريتين بألفي درهم حالتين ، وقبضهما فطلبهما منه ، فمنعهما عنه حتى يعطيه الثمن ، ثم إن البائع بعد ذلك أخر ثمن إحداهما عن الوكيل المشتري سنة ، فذلك تأخير عن الآمر أيضاً ، فإذا أراد الآمر أخذ التي أخر البائع ثمنها من المشتري قبل أن يعطيه ثمن الأخرى ، لم يكن له ذلك ، وصار المشتري الوكيل[١] فيما بينه وبين الآمر في هذا نظير البائع ، ولو كان البائع وهب

(١) في م : من الوكيل .

ولو كان الموكل دفع الدراهم إلى الوكيل، فسرقت من يد الوكيل لا ضمان على الوكيل؛ لأن الوكيل أمين فيما يقبض قبل الشراء، فإن اشترى الوكيل بعد ذلك جارية بألف درهم، نفذ الشراء على الوكيل؛ لأنه لم يبق وكيلاً بعد هلاك تلك الدراهم. انتهت الوكالة بتلك الدراهم المفردة عند بعض المشايخ، والتوقيت ببقاء الوكالة ببقاء تلك الدراهم أمر حكمي عند عامة المشايخ، ويستوي أن يعلم الوكيل بهلاك الدراهم، أو لم يعلم؛ لأن بطلان الوكالة بهلاك تلك الدراهم، فيستوي فيه العلم وعدم العلم.

ولو دفع إليه ألف درهم، وأمره أن يشتري له بها جارية، فهلك منها خمسمائة في يد الوكيل، وبقي خمسمائة، فاشترى الوكيل بعد ذلك جارية بألف درهم، يصير مشترياً لنفسه؛ لأن الوكالة قد بطلت، أو انتهت نهايتها بقدر ما هلكت، وبقيت بقدر ما لم يهلك، فبقي وكيلاً بشراء الجارية بخمسمائة، والوكيل بشراء الجارية بخمسمائة إذا اشترى جارية بألف درهم ينفذ الشراء على الوكيل، كذا ههنا. فإن اشترى جارية بخمسمائة إن كانت تساوي خمسمائة يصير مشترياً لنفسه، وإن كانت تساوي ألف درهم أو أقل قدر ما يتغابن الناس، يصير مشترياً للموكل؛ لأنه لما أمره بشراء جارية بألف درهم، فقد بين أن مقصوده جارية قيمتها ألف درهم، فإذا اشترى جارية تساوي ألف درهم، فقد حصل مقصوده، فإذا اشترى جارية تساوي خمسمائة، فقد أعرض عن مقصوده.

وكذلك لو دفع إليه كيساً فيه دراهم، وقال له: اشتر لي[1] بهذه الألف الدراهم التي في هذا الكيس، فنظر الوكيل إلى الكيس، فإذا فيه خمسمائة، ثم هلك الكيس مع ما فيه، ثم اشترى الوكيل جارية بألف درهم، يصير مشترياً لنفسه؛ لأن الموكل لما نقد خمسمائة توقت بقاء الوكالة في القدر المنقود عند عامة المشايخ، فإذا هلك المنقود انتهت الوكالة في حقه، وبقيت في حق ما لم ينقد، وذلك خمسمائة، فبقي وكيلاً بشراء الجارية بخمسمائة، فإذا اشترى جارية بألف درهم نفذ الشراء على الوكيل. وإن اشترى جارية بخمسمائة، فهو على التفصيل الذي ذكرنا.

١٦٠٧٥ - وإذا دفع الرجل إلى رجل ألف درهم، وأمره أن يشتري له بها جارية،

(١) هكذا جميع النسخ، وأما في «م»: اشتر به.

أو شيئاً آخر بعينه، فهلكت الدراهم في يد الوكيل قبل أن ينقد، فهذا على وجهين: إن هلكت الدراهم قبل الشراء، ثم اشترى الوكيل بعد ذلك ما أمره بشرائه، ينفذ الشراء على الوكيل، وإن هلكت الدراهم بعد الشراء، فالشراء يكون نافذاً للموكل، ويرجع بمثل ذلك على الآمر. هذا إذا اتفقا على الهلاك قبل الشراء أو بعده، فأما إذا اختلفا في ذلك، فالقول قول الآمر مع يمينه على علمه. ولو لم يهلك الدراهم حتى نقدها الوكيل، فجاء رجل واستحقها من يد البائع، رجع البائع على الوكيل، ورجع الوكيل على الموكل، وهذا وفصل الهلاك سواء.

ولو هلكت الدراهم في يد الوكيل بعد الشراء، ورجع بها على الآمر، وأخذ منه ثانياً، فهلك المأخوذ ثانياً في يد الوكيل، ثم يرجع على الآمر بعد ذلك، وكذلك لو قبض الوكيل الدراهم من الموكل ابتداء بعد الشراء، وهلكت في يده، لم يرجع بها على الآمر، وينقد الثمن للبائع من مال نفسه. فرق بين المقبوض قبل الشراء إذا هلكت بعد الشراء، وبين المقبوض بعد الشراء إذا هلك، فجعل المقبوض قبل الشراء إذا هلكت بعد الشراء هالكاً على الموكل، وجعل المقبوض بعد الشراء إذا هلك هالكاً على الوكيل.

والفرق أن ما يقبض الوكيل من الموكل قبل الشراء أمانة في يد الوكيل؛ لأنه قبضه بإذن مالكه، لا لنفسه، فإنه لا حق له على الموكل حين قبض المال، والأمانة هلاكها على مالكها لا على الأمين، أما ما يقبضه من الموكل بعد الشراء فهو مضمون عليه؛ لأنه يقبضه لنفسه بجهة استيفاء ما وجب له على الموكل بعقد الشراء، والمستوفى مضمون على المستوفي، فلهذا افترقا.

١١٠٧٦- قال محمد في «الجامع»: رجل دفع إلى رجل ألف درهم، وأمره أن يشتري بها جارية له، فاشترى، ثم وجد الوكيل الدراهم زيوفاً أو نبهرجة أو ستوقة أو رصاصاً، وجاء بها إلى البائع ليدفعها إليه، فلم يقبلها البائع، وضاعت في يد الوكيل، ضاعت من مال الآمر، ويرجع الوكيل على الآمر بألف جياد، ويدفعها إلى البائع، ولو كان البائع قبض الدراهم من الوكيل، ثم وجدها على ما وصفنا، وردها على الوكيل، فضاعت في يد الوكيل، إن وجدها زيوفاً أو نبهرجة كان الهلاك على الوكيل، فيغرم الوكيل ألفاً جياداً من مال نفسه، ولا يرجع على الموكل؛ لأن الوكيل بالقضاء إلى

البائع، صار مقتضيًا دينه الذي وجب له على الموكل؛ لأنه صار قاضيًا دينًا على نفسه للبائع، والقابض إنما يقتضي من ملك من عليه الدين؛ فجعل مقتضيًا دينه من الوكيل مقتضي القضاء إلى البائع ليصير الوكيل قاضيًا دين نفسه من مال نفسه، فصارت الأمانة مضمونة على الوكيل بالاقتضاء، فبعد ذلك إن انتقض قضاء الوكيل برد البائع عليه لا ينتقض اقتضاء الوكيل، إذ اقتضاء الوكيل دينه من الموكل ينفك عن قضاء الوكيل دين البائع.

وإن كانت الدراهم ستوقة أو رصاصًا، وباقي المسألة بحالها، كان الهلاك من مال الموكل؛ لأن في الستوقة والرصاص الوكيل لم يصر مقتضيًا دين نفسه من الموكل في ضمن قضاء دين البائع، ولم يصر هو قاضيًا دين البائع؛ لأن الستوقة والرصاص ليسا من جنس الدراهم، ولا كذلك الزيوف والنبهرجة. ثم في الستوقة والرصاص إذا هلكت الدراهم في يد الوكيل يرجع الوكيل على الموكل بألف جياد، فيدفعها إلى البائع، فإذا قبضها الوكيل، لو هلكت في يده قبل أن يدفعها إلى البائع، هلكت من مال الوكيل؛ لأن القبض الأول جعل وجوده كعدمه، فكأنه وكله بشراء جارية بألف درهم، ولم ينقد شيء، فاشترى الوكيل، ثم نقد الآمر، فهلك المنقود، وهناك يهلك المنقود على الوكيل، وقد مرت المسألة من قبل هذا، كذا هنا.

١٦٠٧٧- قال محمد في "الجامع الصغير": رجل أمر رجلا أن يشتري له جارية بألف درهم، فاشتراها الوكيل ولم يقبضها، ولم يدفع الثمن إلى البائع حتى أعطى الآمر الوكيل الثمن لينقده، ثم إن الوكيل استهلك الثمن، وهو معسر، فللبائع أن يمنع جاريته إلى أن يستوفي الثمن، ليس للبائع أن يأخذ الآمر بالثمن؛ لأنه ما جرى بينهما عقد، وحقوق العقد لا ترجع إلى غير العاقد. وليس للوكيل على الآمر سبيل؛ لأنه قد استوفى حقه منه بعد وجوب حقه.

فإن نقد الآمر الثمن مع أنه ليس عليه أخذ الجارية، وليس للبائع أن يأبى؛ لأن الثمن وإن وجب على الوكيل للبائع إلا أن الجارية ملك الآمر، وقد صارت محبوسة عند البائع. فكأن الآمر مضطر في قضائه، فهو بمنزلة من استعار من آخر ثوبًا ليرهنه بدينه ورهن، ثم إن المعير قضى دين المستعير، يجبر المرتهن على القبول؛ لكونه مضطرًا

في القضاء، كذا هنا، لم يرجع الآمر على الوكيل بالثمن؛ لأن الآمر إنما دفع إليه الثمن لتسليم الجارية للآمر بعقدته، فإذا آل الأمر إلى أن لا يسلم له الجارية بذلك الثمن، لم يكن راضياً به، فكان له حق الرجوع. وإن لم ينقد الآمر الثمن، فالقاضي يبيع الجارية بالثمن إذا رضي البائع والآمر بالبيع بالاتفاق، وإذا لم يرضَ كل واحد منهما بالبيع، أو لم يرضَ الآمر، فكذلك الجواب عند أبي يوسف ومحمد، وعند أبي حنيفة: لا يبيع من غير رضى الآمر. بناء على أن للقاضي أن يبيع مال المديون بدينه من غير رضاه عند أبي يوسف ومحمد، وعند أبي حنيفة: ليس له ذلك.

فإن قيل: الجارية ملك الآمر في الحقيقة، وليس على الآمر شيء من الثمن، فكيف يبيعها القاضي بدين ليس على الآمر من غير رضى الآمر. قلنا: بلى الجارية ملك الآمر، إلا أن الثمن متعلق بها حتى كانت محبوسة به، ويسقط الثمن بهلاكها، فإذا تعذر الاستيفاء من الموكل؛ لأنه ليس بعاقد، ومن الوكيل؛ لأنه معسر، يجب إيفاؤه من ماليتها، فإذا باعها القاضي، فإن كان في الثمن الثاني فضل على الأول، فهو للآمر؛ لأنه بدل ملكه، وقد فرغ عن الدين. وإن كان فيه نقصان، فالبائع يرجع بالنقصان على الوكيل لا على الآمر؛ لأن الآمر ليس بعاقد، ثم الآمر يرجع على الوكيل بما كان قبض منه من ثمن الجارية كما قلنا قبل.

نوع آخر في تأخير الثمن عن الوكيل

وحطه عنه وهبته منه وما يتصل بذلك:

١٦٠٧٨ - الوكيل بشراء شيء بعينه إذا اشترى، ولم ينقد الثمن، حتى أخر البائع الثمن عن الوكيل صح، ويثبت التأخير في حق الموكل، حتى لا يكون للوكيل أن يرجع على الموكل قبل حلول الأجل. أما صحة التأخير عن الوكيل؛ لأن الثمن في حق المطالبة على الوكيل حتى كان مطالبة البائع بالثمن على الوكيل، فيصح التأخير منه.

وأما ثبوت التأخير في حق الموكل، فقد قال بعض مشايخنا: هذا إذا كان التأخير مشروطاً في أصل العقد، أما إذا لم يكن مشروطاً في أصل العقد، لا يثبت في حق الموكل. وبعضهم قالوا: يثبت التأخير في حق الموكل على كل حال. وإطلاق لفظ

محمد دليل عليه، وكان ينبغي أن لا يثبت التأخير في حق الموكل؛ لأن الوكيل بمنزلة البائع من الموكل حكماً، ولو كان باع منه حقيقة، فما يثبت من التأخير في حقه، لا يثبت في حق من اشتري منه، كذا ههنا.

والدليل عليه أن التأخير الثابت في حق المشتري بعد البيع لا يثبت في حق الشفيع؛ لأن المشتري بمنزلة البائع من الشفيع، كذا ههنا.

والجواب عنه أن بيع الوكيل من الموكل بما يثبت مقصوداً، وإنما يثبت حكماً لشرائه، فإنه كما لو اشترى صار بائعاً من الموكل، من غير أن يتخلل بين شرائه من البائع، وبين بيعه من الموكل فعل مختار، وإذا كان بيعه من الموكل يثبت حكماً لشرائه، يثبت بالثمن الذي كان ثمناً في شرائه؛ لأن ما يثبت حكماً لغيره يكون تبعاً، وحكم التبع لا يفارق حكم الأصل، بخلاف الشفيع؛ لأن بيع الشفيع من المشتري لا يثبت حكماً لشرائه، وإنه يثبت بأخذ يوجد من الشفيع عن اختيار، فيكون ما يثبت من البيع بينهما مقصوداً، فما يثبت من الأجل في شرائه، لا يثبت في حق الشفيع.

١٦٠٧٩ - وإن حط البائع عن الوكيل بعض الثمن، فإنه يحط عن الموكل ذلك، ولو حط البائع عنه جميع الثمن، لا يظهر ذلك في حق الموكل حتى كان للوكيل أن يرجع على الموكل بجميع الثمن.

والفرق: وهو أن حط بعض الثمن يلتحق بأصل العقد؛ لأن التحاقه بأصل العقد لا يوجب فساد العقد، ويصير كأن العقد من الابتداء ورد على ما وراء المحطوط، أما حط كل الثمن لا يلتحق بأصل العقد؛ لأن التحاقه بأصل العقد يوجب فساد العقد، فاقتصر على الحال، فلا يظهر أن العقد عقد بدون الثمن حتى يظهر ذلك في حق الموكل.

١٦٠٨٠ - ولو وهب البائع بعض الثمن من الوكيل، يظهر ذلك في حق الموكل حتى لم يكن للوكيل أن يرجع على الموكل بذلك القدر؛ لأن هبة بعض الثمن حط. ولو وهب كل الثمن منه، لا يظهر ذلك في حق الموكل حتى كان للوكيل أن يرجع على الموكل بجميع الثمن، ولو أبرأه البائع عن جميع الثمن، لم يذكر محمد هذا الفصل في الأصل: إنما ذكره في «الزيادات»، وجعل الجواب فيه كالجواب في هبة جميع الثمن،

حتى قال: للوكيل أن يرجع على الموكل في الفصلين جميعاً، فيحتاج إلى الفرق بين الوكيل والكفيل[1]، فإن الطالب إذا أبرأ الكفيل مما عليه، لا يرجع على المكفول عنه بما يكفل، وإذا وهب من الكفيل ما عليه، كان للكفيل أن يرجع على المكفول عنه بما كفل.

والفرق: أن الوكيل إنما يرجع على الموكل لبيعه منه ما اشترى منه حكماً، ولو باع منه ما اشترى حقيقة، كان له الرجوع عليه على كل حال، فكذا إذا باع منه حكماً. أما رجوع الكفيل على المكفول عنه باعتبار ملك ما في ذمة المكفول، ولهذا لا يرجع الكفيل على المكفول عنه قبل الأداء بنفسه؛ لأن قبل الأداء لا يملك ما في ذمته. قلنا: وبالهبة يملك ما في ذمته، أما بالإبراء لا يملك ما في ذمته، وهو الفقه؛ لأن الواجب بعقد الكفالة في ذمة الكفيل مجرد المطالبة ومجرد المطالبة ليس بمال، ولا قابل للتمليك، وإنما يعتبر الملك ما في ذمته ضرورة تصرف لا يصح إلا في المال، والإبراء يصح في غير المال؛ لأنه في وضعه للإسقاط، ويصح إسقاط ما ليس بمال، فكان إبراء الكفيل إسقاطاً محضاً، ولهذا لا يرتد بالرد. وأما الهبة فموضوعة للتمليك لا صحة لها إلا في المال، فيعتبر ما في ذمته مالاً ضرورة تصحيح الهبة، فيملك ما في ذمته، وإذا أبرأ يعتبر ما في ذمته مجرد المطالبة، فيكون إسقاطاً محضاً، فلا يملك شيئاً بهذا الإبراء.

١٦٠٨١ - عن الحسن بن زياد. في الوكيل بالشراء بألف إذا اشترى كذلك، فوهب البائع من الوكيل خمسمائة من الثمن، ثم وهب منه الخمسمائة الأخرى، رجع الوكيل على الموكل بالخمسمائة الثانية دون[2] الأولى؛ لأن الأولى حط والثاني هبة. ولو وهب له تسعمائة، ثم وهب له المئة الباقية، لا يرجع على الموكل إلا بالمائة، وهو قول أبي حنيفة وأبي يوسف.

نوع آخر في إشهاد المشتري أن العبد المشترى لفلان ثم يمنعه من فلان:

١٦٠٨٢ - قال محمد في الأصل: رجل اشترى عبداً، وأشهد أنه اشتراه

---

(١) وفي ف: بين الوكيل وبين الكفيل.

(٢) هكذا في الأصل وفي ط، وكان في د، وم: بالخمسمائة الأولى دون الثانية.

لفلان، فقال فلان: قد رضيت، ثم أراد المشتري أن يسلمه منه، كان له ذلك، قالوا: هذه المسألة على ثلاثة أوجه: الأول: أن يشهد قبل الشراء أن يشتريه لفلان، ثم اشترى بعد ذلك، وأطلق الشراء، وقال: اشتريت، وفي هذا الوجه ينفذ الشراء على المشتري؛ لأنه حين اشترى لم يكن وكيلا من جهة فلان بهذا الشراء، وهو من أهل الشراء، فينفذ الشراء عليه، ولا ينتقل إلى فلان بمجرد إجازته ورضاه، إلا أن يرضى الوكيل، فيسلم العبد إلى فلان، ويأخذ منه الثمن، فينعقد بينهما بيع جديد بالتعاطي، وتصير الجارية لفلان بحكم البيع المنعقد بالتعاطي، لا أنه ينتقل ما نفذ على المشتري إلى فلان.

الوجه الثاني: أن يشهد بعد الشراء أنه اشتراه لفلان، ورضي به فلان، والجواب في هذا الوجه نظير الجواب في الوجه الأول، للمعنى الذي ذكرنا، إلا أن يسلم المشتري العبد إلى فلان، ويأخذ منه الثمن، فينعقد بينهما بيع بالتعاطي على ما ذكرنا.

الوجه الثالث: أن يضيف الشراء إلى فلان وقت الشراء، فيقول: اشتريت هذا العبد لفلان، ولم يذكر محمد هذا الوجه في الكتاب، وقد اختلف المشايخ فيه، بعضهم قالوا: ينفذ عليه ولا يتوقف، وهكذا روى ابن سماعة عن محمد. وقال بعضهم: يتوقف على المشترى له؛ لأنه تعذر تنفيذه على المشتري؛ لأنه أضافه إلى غيره، وتعذر تنفيذه على المشترى له؛ لأنه لم يأمره بذلك، فيتوقف ضرورة.

١٦٠٨٣- وروى بشر عن أبي يوسف وإبراهيم عن محمد: رجل اشترى عبدا، وأشهد قبل الشراء أو بعده أنه يشتريه لفلان آخر، ثم أشهد بعد ذلك أنه اشترى لفلان الآخر بأمره وماله، ثم حضر الآخر ولم يحضر الأول، قضيت بالعبد له، وهو الأول على حجته، فإذا جاء وادعاه، قضيت له به، وكذلك لو كان سبق الأمر الأول شهود؛ لأنه لم يحضر له وكيل في الخصومة، فيقضى للآخر، فإذا جاء الأول وادعاه وأقام البينة، قضى له به.

١٦٠٨٤- الوكيل بشراء شيء بغير عينه، إذا اشترى ما وكل به بمثل الثمن الذي هو داخل في الوكالة، ثم ادعى بعد ذلك أنه اشترى لنفسه أو لموكله، فإن لم يكن الثمن مدفوعا إليه يصدق، وإن كان الثمن مدفوعا إليه، فإن أضاف الشراء إليه ونقد منه،

فالشراء للموكل، ولا يصدق الوكيل في قوله اشتريته لنفسي إلا أن يصدقه الموكل، وإن أضاف الشراء إليه، ونقد من غيره، فكذلك الجواب، وللوكيل أن يحبس المنقود لنفسه استحساناً. وإن أضاف الشراء إلى غيره، ونقد منه، فالشراء يقع للوكيل من حيث الظاهر حتى لا يصدق الوكيل في أنه اشتراه للموكل، وإذا نقد مال الموكل يصير ضامناً إلا أن يصدقه الموكل فيما قال. فإن اشترى بدراهم مطلقة، فهو على وجهين: إن اشترى حالاً يحكم النقد، إن نقد من دراهم الموكل، فالشراء للموكل، وإن نقد من مال نفسه، فالشراء له، وإن لم ينقد يرجع في البيان إلى الوكيل، ويعتبر بيانه. وإن اشترى مؤجلاً، فالشراء يكون للوكيل، حتى لو ادعى الشراء بعد ذلك للموكل لا يصدق، إلا أن يصدقه الموكل.

١٦٠٨٥ - ذكر شيخ الإسلام هذه الجملة في شرح كتاب الوكالة في باب قبل باب الوكالة في الصرف. وذكر شمس الأئمة الحلواني في شرح كتاب البيوع في باب الوكالة في السلم مسألة الوكالة في السلم، وجعلها على وجوه. إن أضاف الوكيل العقد إلى دراهم الآمر، فالعقد للآمر، وإن نواه لنفسه، وإن أضاف العقد إلى دراهم نفسه بعد ذلك. وإن تصادقا أنه نواه لنفسه، فهو له، وإن نقد دراهم الآمر بعد ذلك. وإن اختلفا في النية، فادعى الوكيل أنه نواه لنفسه، وادعى الموكل أنه نواه له، فإنه ينظر إن نقد دراهم الموكل يقع العقد للموكل، وإن نقد دراهم نفسه يقع العقد له، وإن تصادقا أنه لم يحضره نية، فعلى قول محمد: العقد للوكيل، وعلى قول أبي يوسف: يحكم النقد. وذكر بعد هذه مسألة التوكيل بشراء حنطة، وذكر أنها على التفصيل الذي ذكرنا في مسألة السلم فيما اتفقوا عليه، وفيما اختلفوا فيه. قال محمد: والمسألة في النوادر. وبعض مشايخنا قالوا في مسألة الشراء: إذا تصادقا أنه لم يحضره النية، فالعقد للوكيل إجماعاً، ولا يحكم النقد. وهذا القائل يفرق بين مسألة الشراء وبين مسألة السلم على قول أبي يوسف.

نوع آخر في الوكيل بالشراء إذا وجد بالمشترى عيباً، قال محمد في «الزيادات»: الوكيل بالشراء إذا وجد بالمبيع عيباً، ورضي به، إن كان ذلك قبل القبض لزم الموكل، كأنه اشتراه مع العلم بالعيب، وإن كان ذلك بعد القبض، لا يلزم الموكل؛ لأن بعد القبض للعيب حصة من الثمن، فوجب حصة العيب من الثمن للموكل. وصار الوكيل

الإبراء إلا إذا كان ثابتاً قبل الإبراء، فإن قبل الإبراء للموكل خيار أن يرضى بالعيب، وأن لا يرضى ويلزم الوكيل، وهذا الخيار باقٍ بعد الإبراء عن العيب، فنزل في حق هذا منزلة الثالث، ويثبت للموكل هذا الخيار بعد رضى الوكيل بالعيب؛ لأن الثابت في حق الحقوق عقدان تقديراً واعتباراً، ورضى الوكيل بالعيب يوجب بطلان حق الرد في عقده، أما لا يوجب بطلان حق الرد في عقد الموكل، فإذا لم يرض الموكل بالعيب، ولم يحضر إلزام الوكيل الجارية حتى ماتت الجارية في يد الوكيل، ماتت على ملك الموكل؛ لأن رضى الوكيل لما لم يعتبر في حق الموكل صار وجوده وعدم رضى الوكيل، ولو ماتت قبل رضى الوكيل سواء، وهناك لو ماتت الجارية ماتت على ملك الموكل، كذا ههنا.

ثم يرجع الموكل على الوكيل بنقصان العيب؛ لما عرف أن عقد الوكيل في حق الحقوق منزلة عقدين، كأنه اشترى لنفسه، ثم باع من موكله وقبض موكله، لما عرف أن قبض الوكيل ينوب عن قبض الموكل إذا لم يحدث الوكيل فيه منعاً، ولو كان هكذا ووجد الموكل بالجارية عيباً، فماتت في يده قبل الرد، أليس أنه يرجع على الوكيل بنقصان العيب، كذا ههنا.

ولو لم تمت الجارية في يد الوكيل، لكنها اعورّت، لزم الآمر؛ لأن حدوث العيب بها في يد الوكيل، ويد الوكيل يد نيابة وأمانة فيما يرجع إلى نفس المبيع، كحدوثه في يد الآمر، وهناك لزمت الجارية الآمر، كذا ههنا. ويكون للآمر أن يرجع على الوكيل بحصة العيب الذي رضي به الوكيل؛ لأنه يثبت بين الوكيل وبين الموكل شراء حكمي، وتعذر الرد بالعيب السابق لحدوث عيب آخر، فيجب الرجوع بنقصان العيب.

ولو لم تعورّ، واختار الآمر إلزام الوكيل الجارية، فألزمها إياه، وقبض الثمن، ثم وجد الوكيل بها عيباً آخر غير العيب الذي رضي به، وقد كان ذلك العيب عند البائع، لم يستطع الوكيل ردها بذلك العيب، لا على الآمر ولا على البائع.

١٦٠٨٧- وإذا كانت الجارية في يد الوكيل بالشراء، فأراد أن يردها بالعيب، فادعى البائع رضى الآمر بهذا العيب، لم يصدق على ذلك من غير بينة؛ لأن حق الرد ثابت للوكيل من حيث الظاهر، فهو بما يدعي من رضى الآمر يريد إبطال حقه في الرد، فلا يقدر على ذلك إلا بحجة، وإن أراد البائع استحلاف الوكيل على علمه بما رضي

الآمر ، لم يكن له ذلك ، وفيه نوع إشكال ؛ لأن الوكيل ينتصب خصماً للبائع في هذه الدعوى بالإجماع ، حتى لو أقام البائع البينة على الوكيل أن الآمر رضي بالعيب تقبل ، ويمنع الرد ، والبينة لا تقبل إلا على الخصم ، فإذا انتصب خصماً في هذه الدعوى يتوجه عليه اليمين ، ألا ترى أنه لو ادعى على الوكيل أنه رضي بهذا العيب ، ولم يكن له بينة ، يستحلف عليه ، وطريقه ما قلنا ، كذا ههنا .

والجواب : وهو الفرق بين المسألتين أن البائع متى ادعى رضى الوكيل بالعيب ، فإنما ينتصب الوكيل خصماً له في حق البينة والحلف جميعاً ؛ لأن الوكيل بالشراء أصيل في حق الرد بالعيب ؛ لأنه من حقوق العقد ، فكان أصيلاً فيما يدعى عليه من الرضا بالعيب ، كأنه اشترى لنفسه ، ومن كان أصيلاً في خصومة إنسان كان خصماً في حق سماع البينة والاستحلاف جميعاً ، فأما الوكيل فيما يدعي البائع على الموكل من الرضى بالعيب ليس بأصيل ، بل هو نائب ووكيله عنه حكماً ؛ من حيث إن البائع ادعى على الوكيل إبطال حقه في الرد بالعيب بسبب ادعائه على الموكل الغائب ، وما ادعى على الموكل الغائب سبب لثبوت ما يدعي على الوكيل الحاضر لا محالة ، فانتصب الوكيل خصماً عن الموكل ، وصار كالنائب والوكيل عنه حكماً ، ولو كان نائباً ووكيلاً عن الغائب فيما يدعي عليه البائع من الرضى بالعيب قصداً ، انتصب له خصماً في حق سماع البينة لا في حق الاستحلاف ؛ لأن النيابة تجري في سماع البينة لا في الاستحلاف ، فكذا إذا كان نائباً ووكيلاً عنه حكماً .

فإن لم يكن للبائع بينة على رضى الآمر بالعيب ، ورد الوكيل الجارية على البائع بالعيب ، ثم حضر الآمر ، وادعى الرضى ، وأراد أخذ الجارية ، فأبى البائع أن يدفعها ، فقال : قد نقض القاضي البيع ، فلا سبيل لك عليها ، فإن القاضي لا يلتفت إلى قول البائع ، ويرد الجارية على الآمر ؛ لأن البائع مع الآمر تصادقا على أن الجارية ملك الآمر ؛ لأن البائع يدعي رضى الآمر بالعيب ولزوم الجارية إياه ، وصدقه الآمر بذلك ، فاستند التصديق إلى وقت الإقرار ، ويجب هذا التصادق أن القاضي أخطأ في قضائه بالرد ، وإن قضاءه بالرد نفذ ظاهراً لا باطناً ، فبقيت الجارية على حكم ملك الآمر في الباطن ، فكان للآمر أن يأخذه . بعض مشايخنا قالوا : هذا على قول محمد ، فأما على قول أبي حنيفة ، لا سبيل للآمر على الجارية ، وبعضهم قالوا : لا ، بل هذا قول الكل ، وهو

الأصح.

ووجهه أن نقض القاضي ههنا البيع لم يكن بناء على دليل موجب للنقض، وإنما كان لجهله بالرضى المسقط للرد، وهو رضى الآمر بالعيب، ثم ظهر الدليل بخلافه، وفي مثل هذا لا ينفذ القضاء باطنًا كما لو قضى في حادثة باجتهاده، وثمة نص بخلافه.

ولو أن الوكيل حين رد الجارية على البائع بالعيب أخذ الثمن من البائع، فضاع الثمن من يده، ضاع من مال الوكيل، ويغرم الوكيل بالثمن للآمر من مال نفسه، ثم إذا صدق الآمر البائع في الرضى بالعيب، وقبض الجارية يدفع الآمر الثمن إلى البائع من مال نفسه، والآمر هو الذي يلي دفع الثمن وقبض الجارية؛ لأن من زعم الوكيل أن الرد قد صح، وبرئ هو عن العهدة وحقوقها، وانتهت الوكالة بنهايتها، وإنما يثبت للموكل حق قبض الجارية بعد ذلك بتصادق الموكل والبائع، فلا يظهر ذلك في حق الوكيل. ويجعل في حق الوكيل كأن الموكل اشترى الجارية من البائع بيعًا مبتدأ لاقتصار كلا منهما عليهما، وتعذر تعدية كلا منهما إلى غيرهما. وليس للموكل أن يقول للبائع: إنك أقررت مرة بقبض الثمن من الوكيل، فليس لك أن تقبض مني مرة أخرى؛ لأن البائع يقول: نعم، أقررت بذلك إلا أن ذلك الثمن أخذ مني بالقضاء، ثم هذا القضاء وإذ لم ينفذ من حيث الباطن إلا أنه تثبت الحيلولة بيني وبين ذلك الثمن لنفاذ القضاء من حيث الظاهر، فلي أن آخذ الثمن منك ثانيًا، وأحول بينك وبينه كما وقعت الحيلولة بيني وبين ذلك الثمن، فإن وجد الآمر بها عيبًا آخر كان هو الخصم في الرد دون الوكيل؛ لأن القضاء بالفسخ صح ظاهرًا، وخرج الوكيل من البين، وبرئ من حقوق العقد من حيث الظاهر، فلو لزمه حقوق العقد بعد ذلك لزمه بتصادق الوكيل والبائع، ولا وجه إليه؛ لأن تصادقهما لا يعمل في حق غيرهما.

ولو كان الوكيل بعد ما ردها بالعيب، وبعد ما فسخ القاضي البيع، أقر برضى الآمر بالعيب، كان للبائع الخيار، إن شاء أمسك الجارية، وإن شاء ردها على الوكيل؛ لأنه صدر من الوكيل كلامان متناقضان لا يمكن الجمع بينهما؛ لأنه أقر أول مرة أن الآمر لم يرض بهذا العيب، ثم أقر بعد ذلك أنه قد كان رضي، ومن تناقض كلاماه بطلا فيما له، لا فيما عليه؛ لقصور ولايته عن إبطال ما صار من كلامه حقًا لغيره.

الآمر، ثم يدفعه الآمر إليه حتى يرده على البائع.

١٦٠٨٩ – الحسن بن زياد عن أبي حنيفة: الوكيل بالشراء إذا سلّم المشتري إلى الآمر، ثم جاء يخاصم البائع في العيب، لم يكن له أن يرده إلا أن يجيء ببينة أن الآمر أمره بالرد.

١٦٠٩٠ – وفي «الإملاء» عن محمد: الوكيل بالشراء إذا أراد الرد بالعيب، فقال له الموكل: لا ترده بالعيب، فرده، كان الرد باطلاً(١). وفيه أيضًا: الوكيل بالشراء إذا وجد بالمشتري عيبًا، ورضي به، وقبضه، فإن كان العيب ليس باستهلاك مثل الحمى ونحوه، لزم الآمر، وإن كان استهلاكًا مما لا يتغابن الناس في مثله لم يلزم الآمر، وكان للآمر أن يلزم المشتري، وهذا قول أبي يوسف ومحمد، وقال أبو حنيفة: هما سواء، ويلزم الآمر إذا كان مع ذلك العيب يساوي الثمن الذي اشترى به، أو يتغابن الناس فيه.

١٦٠٩١ – وفي «المنتقى» إبراهيم عن محمد: الوكيل بشراء إذا اشترى عبدًا يساوي ثلاثة آلاف درهم بألف درهم، فوجد به عيبًا، فليس له أن يرده؛ لأن فيه ضررًا على الموكل، ولو كان ذلك في خيار رؤية أو خيار شرط فله أن يرده.

١٦٠٩٢ – الوكيل بالشراء إذا مات بعد ما اشترى ما وكل بشرائه وقبضه، ثم وجد المشتري عيبًا فحق الرد لوارث الوكيل أو لوصيه، وإن لم يكن له وصي ولا وارث، فحق الرد للموكل على رواية «الزيادات». وفي رواية أخرى: القاضي ينصب وصيًا حتى يرد.

نوع آخر في الوكيل بالشراء يزيد البائع في المبيع أو يزيده في الثمن:

١٦٠٩٣ – وفي «نوادر ابن سماعة» عن محمد: رجل دفع إلى رجل ألف درهم وأمره أن يشتري له عبدًا بعينه أو بغير عينه، فاشترى وتقابضا، ثم دفع المأمور العبد إلى الآمر، ثم إن المأمور لقي البائع، واستزاده في المبيع، فزاده فيه ثوبًا، وقبضه من

---

(١) هكذا في جميع النسخ، ولعل [illegible]

خمسمائة، فكان الوكيل أشدهما إنكارًا، فلهذا بدأ بيمين الوكيل.

ثم الوكيل يحلف البتة، والموكل على العلم؛ لأن الوكيل يحلف على فعل نفسه، والموكل يحلف على فعل الغير، وإن حلفا صارت الجارية بينهما أثلاثًا، ثلثها للوكيل، وثلثاها للموكل؛ لأنهما لما حلفا، فقد انقطع دعوى كل واحد منهما عن صاحبه. والوكيل كان يدعي على الموكل زيادة خمسمائة، وقد برئ الموكل عن دعواه، والموكل كان يدعي على الوكيل إزالة يده عن ثلث الجارية بغير شيء، وقد برئ الوكيل عن دعواه، فإذا انقطع دعوى كل واحد منهما عن صاحبه فسخ العقد بقدر ثلث الجارية، وبقي ثلث الجارية للوكيل بالخمسمائة التي زعم أنه نقدها، وثلثاها للموكل بألف نقدها.

١٦٠٩٥ - وفي «فتاوى أهل سمرقند»: رجل وكل رجلًا بأن يشتري كرًا من طعام بمائة درهم، فجاء الوكيل إلى بائع الطعام، وزاده خمسين درهمًا على أن يزيده البائع كرًا آخر، ففعل، فالكر الأول للآمر، والزيادة للوكيل، ويضمن الوكيل للآمر خمسة وعشرين درهمًا؛ لأن كل كر صار مشترى بخمسة وسبعين درهمًا، واحدهما للموكل، والآخر للوكيل، وقد أدى الوكيل من مال الموكل مائة، وكان ينبغي أن ينقد خمسة وسبعين، فكان ما زاد على خمسة وسبعين إلى تمام المائة مؤدى من مال الموكل قضاء لدين الوكيل، فيصير الوكيل ضامنًا لذلك.

نوع آخر

في التوكيل بالشراء من مال الوكيل:

قال محمد في «الأصل»: وإذا وكل الرجل رجلًا، فقال: اشتر لي عبد فلان بعبدك هذا، أو بمتاعك هذا، كان التوكيل جائزًا؛ لأنه لو لم يجز، إنما لا يجوز لمكان الإضافة إلى مال الوكيل، ولا وجه إليه، ألا ترى أنه لو قال له: اشتر لي عبد فلان بألف من مالك يجوز.

فإن قيل: كما أن هذا التوكيل توكيل بالشراء بمال الوكيل، وإنه صحيح، فهو توكيل ببيع عبد الوكيل، ليكون بدله للموكل، وإنه توكيل باطل، فلم كان اعتبار جانب

الشراء أولى من اعتبار جانب البيع؟

قلت: إنما كان جانب الشراء أولى؛ لأن فيه تصحيح الوكالة، وفي اعتبار جانب التوكيل بالبيع إبطال الوكالة، ويحتال لتصحيح العقود ما أمكن. الثاني: أن التوكيل بالشراء ثابت لفظاً ومعنى، فإنه قال: اشتر لي، والتوكيل بالبيع ليكون البدل للموكل ثابت معنى لا لفظاً، ولا شك أن اعتبار الثابت لفظاً ومعنى أولى. وعلى الموكل للوكيل قيمة العبد؛ لأنه استوجب الرجوع على الموكل بمثل ماله، كما لو أمره بالشراء بألف درهم من مال الوكيل، فاشترى، فإنه يرجع على الموكل بألف درهم، ومثل العبد قيمته، فيرجع عليه بقيمته لهذا.

نوع آخر

في مخالفة الوكيل بالشراء في الثمن:

١٦٠٩٦ - قال محمد في "الجامع الصغير": رجل وكل رجلاً أن يشتري له عبدين بأعيانهما، ولم يبين ثمناً، فاشترى أحدهما له، فالشراء جائز؛ لأن التوكيل بالشراء مطلق غير مقيد بقيد الاجتماع، فإذا اشترى أحدهما، فقد أتى ببعض ما وكل به، فيجوز، فإن أمره أن يشتريهما بألف درهم، فاشترى أحدهما بخمسمائة أو أقل، وقيمتهما على السواء، فالشراء جائز على الآمر، أما الأول فلأنه ليس بمخالف؛ لأنه اشتراه بحصته من الألف، وأما الثاني فلأنه وإن خالف، ولكن إلى خير، وإن اشتراه بأكثر من خمسمائة لم يجز على الآمر إلا أن يشتري الآخر ببقي الثمن قبل أن يختصما، وهذا قول أبي حنيفة، وقال أبو يوسف ومحمد: إذا اشترى أحدهما بأكثر من خمسمائة قدر ما يتغابن الناس فيه، وقد بقي من الألف مقدار ما يشتري بمثله العبد الباقي، يجوز.

قيل: لا خلاف في المسألة، وقول أبي حنيفة في الكتاب: اشتراهما بأكثر من خمسمائة لا يجوز، محمول على ما إذا كانت الزيادة كثيرة بحيث لا يتغابن الناس في مثلها، فأما إذا كانت الزيادة بحيث يتغابن الناس في مثلها، فإنه يجوز، وهذا لأنه لا تسمية في حق هذا الواحد الذي اشتراه، فيجوز شراؤه بأكثر من قيمته بحيث يتغابن

النص به عندهم، كما لو وكله أن يشتري له عبداً وسمى نوعه ولم يسم الثمن، فعلى قول هذا القائل يرتفع الخلاف. وقيل: لا، بل المسألة على الخلاف، وظاهر ما أطلق محمد الجواب على قول أبي حنيفة، ولم ينسب إليه عنه، والوجه لأبي حنيفة: أن مطلق مقابلة الألف بالعبدين، وقسمتها على السواء، دلالة على التنصيف، كما في شراء العبدين بالألف، والحق التصريح على الخمسمائة في حق كل واحد منهما، والتصريح على الخمسمائة في حق كل واحد منهما حجر عن الزيادة، فههنا كذلك. فإن اشترى الباقي بما بقي من الألف أن يختصما، نفذ ذلك كله على الموكل.

بعض مشايخنا قالوا في شرح الجامع الصغير: يجب أن يكون هذا جواب الاستحسان، والقياس أن لا ينفذ، وجه القياس أن الخلاف قد تحقق. وجه الاستحسان: أن الموكل صرّح بتحصيل العبدين بألف درهم، وإنه بتصريحه لا يتعرض للتقسيم، وإنما يثبت التقسيم دلالة، فعملنا بالدلالة قبل شراء الثاني، فلم يجوز شراء الأول بأكثر من الخمسمائة، فإذا اشترى الباقي بما بقي من الألف حصل أن الأمر بالتصريح، فبطلت الدلالة.

فأما إذا كان وكيلاً بشراء عبدين بأعيانهما، وإن كان وكيلاً بشراء عبد بعينه، فاشترى نصفه، لا يجوز على الآمر. فإن اشترى النصف الثاني جاز الكل على الآمر استحساناً، والقياس أن لا يجوز. وهذا إذا اشترى الباقي قبل أن يختصما إلى القاضي، وألزم القاضي شراء النصف على الوكيل.

والحاصل: أن على جواب الاستحسان شراء النصف الأول لم ينفذ على الموكل، ولم ينفذ على الوكيل؛ لأن النفاذ على الموكل يعتمد الموافقة، والنفاذ على الوكيل يعتمد المخالفة من كل وجه، وفي شراء النصف الأول لم يوافق من كل وجه، ولا خالف من كل وجه، بل يحتمل المخالفة، إذ يجوز أنه قصد شراء النصف لا غير؛ ليضر[1] بالبائع، فإن الشركة في الأعيان عيب. ويحتمل الموافقة، إذ يجوز أنه اشترى النصف ليمكنه شراء الباقي بكل الثمن؛ لأن الأبعاض تشترى بأقل ما يشترى به الكل، وإذا احتمل الوفاق والخلاف لم ينفذ على أحدهما، بل يوقف. فإذا اشترى النصف

---

(١) هكذا هو في الأصل، وكان في ... النص.

الباقي ظهر أن شراء النصف كان احتيالا ليشتري الباقي بباقي الثمنين، فتبين أنه كان موافقا من كل وجه. فنفذ على الموكل، فأما إذا اختصما، وألزم القاضي الوكيل شراء النصف الأول، ثم اشترى النصف الباقي، فالكل يلزم الوكيل؛ لأن القاضي لما ألزم الوكيل النصف الأول، فقد عيّن جهة الخلاف بقضائه، فزال التوقف، ونفذ على الوكيل، فلا يتحول إلى الموكل بعد ذلك.

١٦٠٩٧- وفي "النوادر": أن من وكل رجلا بشراء عبد بعينه، فاشترى الوكيل نصفه[1]، يتوقف شراءه على رضاه عند أبي يوسف. حتى لو أعتقه الوكيل عن نفسه لا ينفذ، ولو أعتقه الموكل عن نفسه ينفذ؛ لأنه حصل بعض مقصوده، ولكن معيبًا بعيب الشركة، فيقع تصرفه للموكل، لكن يثبت له خيار العيب، فإذا أعتقه فقد أسقط خياره، فنفذ العتق من جهته، وإذا رده يصير الملك للوكيل. وعند محمد: يقع الملك للوكيل حتى لو أعتقه ينفذ العتق من جهته إلا أن يشتري ما بقي، فحينئذ يتحول الملك إلى الآمر، وهذا لأن بشراء النصف صار مخالفًا إلا أن غرضه الموافقة باقية بأن يشتري النصف الباقي فقبل وجود شراء الباقي جعلنا الملك للوكيل لمكان المخالفة ظاهرًا، فينفذ إعتاقه من جهته.

١٦٠٩٨- الوكيل بشراء الدار إذا اشترى نصفها، ثم اشترى الموكل النصف الباقي، لم يجز شراء الوكيل على الموكل. ولو كان الموكل اشترى نصف تلك الدار أولا، ثم اشترى الوكيل النصف الباقي جاز على الموكل؛ لأنه لما اشترى الموكل النصف أولا، انتهت الوكالة بقدر ما اشترى، فكأنه من الابتداء وكله بشراء النصف. حتى لو استحق ما اشتراه الموكل يرد ما اشتراه الوكيل.

١٦٠٩٩- ولو وكله أن يشتري له دارًا بألف، فاشترى له نصف دار مشتركة بين الموكل وغيره بخمسمائة، جاز. ولو وكله أن يشتري له عشرة أرطال من لحم بدرهم، فاشترى له عشرين رطلا بدرهم، لزم الآمر عشرة أرطال بنصف درهم، ولزم الوكيل عشرة أرطال بنصف درهم.

قالوا: وإنما يجوز على الآمر عشرة أرطال بنصف درهم، إذا كانت العشرة

---

[1] هكذا في جميع النسخ، وأما في ط: بصفة.

الأرطال تساوي درهماً، فأما إذا كانت لا تساوي درهماً، نفذ الكل على الوكيل. في شرح الأصل في باب الوكالة في الشراء في حره.

١٦٦٠٠- وذكر في نوادر بشر: مثل هذه المسألة، ووضعها في الزيت، وصورتها: رجل أمر رجلاً أن يشتري له عشرة أرطال من زيت بدرهم، فاشترى له عشرين رطلاً من ذلك الزيت بدرهم، قال أبو يوسف: قال أبو حنيفة: له عشرة بنصف درهم، قال بشر: وهو قول أبي يوسف، قال بشر: ولأبي يوسف قول آخر: إن الزيت كله للآمر، وفي القدوري: قال أبو يوسف ومحمد: الكل للآمر.

١٦٦٠١- وفي نوادر ابن سماعة عن محمد: رجل دفع إلى رجل ألف درهم، وأمره أن يشتري له بها عبداً، فاشترى فوجده حراً، فللموكل أن يضمن الوكيل الألف، ولو وجده مستحقاً، فليس له أن يضمن الوكيل، قال: لأن هذا يجوز بإجازته، وعلى هذا إذا أمره أن يشتري له دقيقاً، ودفع إليه الدراهم، فأتى الوكيل رجل نورة على أنها دقيق، واشترى ذلك منه على أنه دقيق، ودفع الثمن، قال: هو ضامن لما دفع؛ لأنه مخالف، وقال: وكذلك ما يخالف فيه، وإن لم يعلم. أشار إلى أن وجوب الضمان يعتمد نفس الخلاف لا العمل(١) بالخلاف.

١٦٦٠٢- ابن سماعة عن أبي يوسف: رجل وكل رجلاً أن يشتري له بهذه الدراهم ثوباً، وسمى جنسه ووصفه، فأسلمها له في ثوب كما سماه ووصفه، ثم يجوز، فالوكيل بالشراء لا يملك السلم.

بشر عن أبي يوسف: رجل وكل رجلاً بأن يشتري له عبداً بثمن مسمى شراء فاسداً، فاشتراه له شراء صحيحاً، نفذ على الآمر.

١٦٦٠٣- وفي نوادر هشام قال: سألت محمداً عن رجل أمره أن يشتري مهراً حدعاً، فاشترى له ثنياً بمثل ذلك الثمن، قال: لا يجوز، قال: وكذا أمره أن يشتري ثنياً، فاشترى رباعياً بمثل ذلك الثمن، قلت: ولم لا يجوز وقد اشترى ما هو أفضل؟ قال: لأنه خلاف، قلت: ولو أمره أن يشتري لي ولداً، فاشترى مهرين بمثل ذلك الثمن، قال: يجوز. وفي الأصل: لو وكله أن يشتري له ثوباً هروياً بعشرة

---

(١) هكذا في الأصل، وكذا في م، وفي ب: العلم.

قميصاً، فاشترى ثوباً لا يكفيه قميصاً، لا يلزم الآمر.

نوع آخر

في مخالفة الوكيل في الثمن:

قال هشام: سألت محمداً عن رجل وكّل رجلاً أن يشتري له عبداً بألف درهم، ويعتقه عنه، فاشترى عبداً بثمان مائة، وأعتقه عنه، قال: إن كان لو اشترى بألف لم يكن خيراً منه، جاز.

١٦١٠٤ - روى الحسن ابن زياد عن أبي يوسف عن أبي حنيفة: في الوكيل بشراء جارية بألف درهم، إذا اشتراها بدنانير قيمتها مثل قيمة ألف درهم، أنه يجوز على الآمر، وكذا الوكيل بشراء جارية بمائة دينار إذا اشتراها بألف درهم، قال: وهو قول أبي يوسف.

وذكر ابن سماعة في "نوادره" عن أبي يوسف: في البيع بخلاف هذا، فقال: إذا وكله أن يبيع ثوبه بعشرة دراهم، فباعه بثلاثة دنانير، لا يجوز. ورواية الحسن بخلاف المذكور في الكتب الظواهر، فالمذكور في الكتب الظواهر أن الوكيل إذا خالف، إن كان الخلاف من حيث الجنس لا ينفذ على الآمر، وإن كان المأتي به أنفع من المأمور به، كما إذا أمره أن يبيع عبده بألف درهم، فباعه بألف دينار، وإن كان الخلاف من حيث الوصف والقدر، لا من حيث الجنس، إن كان المأتي به أنفع من المأمور به ينفذ على الآمر، كما إذا أمره أن يبيع عبده بألف درهم، فباعه بألف وخمسمائة، وإن كان المأتي به أضر من المأمور به، لا ينفذ على الآمر، كما إذا أمره أن يبيع بألف درهم، فباعه بتسعمائة درهم، وقد مر بعض هذه المسائل بعد فصل التوكيل.

نوع آخر
في تقييد الوكالة:

١٦٦٠٥ - الوكيل بالشراء مطلقاً إذا اشترى بمثل القيمة أو بأكثر، مقدار ما يتغابن الناس فيه يجوز، وإذا اشترى بأكثر من القيمة مقدار ما لا يتغابن الناس فيه؛ لا يجوز.
وأصل المسألة: أن الوكيل بالشراء مطلقاً يتحمل منه الغبن اليسير، ولا يتحمل منه الغبن الفاحش، وتكلموا في حد الفاصل بين الغبن اليسير وبين الغبن الفاحش، والصحيح ما روي عن محمد في «النوادر»: أن كل غبن يدخل تحت تقويم المقومين فهو يسير، وما لا يدخل تحت تقويم المقومين، فهو فاحش، وإليه أشار في «الجامع» في تعليل المسألة في كتاب الوكالة.

قال شيخ الإسلام: هذا التحديد فيما لم يكن له قيمة معلومة في البلدة كالعبيد والدواب وما أشبههما. فأما ما له قيمة معلومة في البلدة كالخبز واللحم وغيرهما، فزاد الوكيل بالشراء، لا ينفذ على الموكل، وإن كانت الزيادة شيئاً قليلاً كالفلس ونحوه؛ لأن هذا مما لا يدخل تحت تقويم المقومين؛ لأنه إنما يدخل تحت تقويم المقومين ما يحتاج فيه إلى تقويم المقوم، وههنا لا يحتاج، فلا يدخل، ثم ما ذكرنا أن الوكيل بالشراء يتحمل منه الغبن اليسير دون الفاحش، فذاك في الوكيل بشراء شيء لا بعينه، فأما الوكيل بشراء شيء بعينه فلا نص فيه، وقد اختلف المشايخ فيه، بعضهم قالوا: يتحمل منه الغبن اليسير دون الفاحش، وقال بعضهم: لا يتحمل منه الغبن اليسير أيضاً.

والوكيل بالصرف إذا اشترى بما لا يتغابن الناس فيه لا يجوز بلا خلاف؛ لأن الغبن اليسير على قول أبي حنيفة إن كان يجوز باعتبار أنه بيع من وجه، لا يجوز باعتبار أنه شراء من وجه، إلا أن الشراء أصل في هذا العقد؛ لأن الثمنية في الدراهم والدنانير أصل، والعبرة للأصل، فكأنه شراء من كل وجه، والغبن الفاحش لا يتحمل في الشراء بالاتفاق.

وفي الوكيل بشراء شيء لا بعينه، لا فرق بينهما إذا سمى الموكل الثمن أو لم يسمّ، يتحمل منه الغبن اليسير على كل حال، نص عليه في «الزيادات» في أبواب الوكالة

وذكر محمد في بعض الكتب أن الثمن إذا كان مسمى لا يتحمل منه الثمن اليسير، وإذا وكله بشراء عبد بعينه، أو بشراء جارية بعينها، فاشتراه بمكيل أو موزون بعينه أو اشتراه بعرض، لا يجوز بلا خلاف بين علمائنا، ولو اشتراه بمكيل أو موزون بغير عينه لم يذكر هذا الفصل في «الأصل»، وقد اختلف المشايخ فيه، وإنما اختلفوا؛ لأن محمداً ذكر ما إذا اشترى بمكيل أو موزون بعينه، وأجاب بعدم الجواز، فمفهوم هذا أنه إذا اشترى بغير عينه أنه يجوز حتى يفيد التقييد، وجه قول من قال بعدم الجواز: أن التوكيل بالشراء يتقيد بالعرف بلا خلاف، والمتعارف الشراء بالدراهم والدنانير -والله أعلم-.

نوع آخر

في الجمع بين الإشارة والتسمية في ثمن ما وكل بشرائه

٦٦٠٦ - قال محمد في «الزيادات»: رجل قال لغيره: اشتر لي جارية بما في هذا الكيس من الدراهم، وهي ألف، أو قال: اشتر لي بهذه الألف الدراهم التي في هذا الكيس جارية، ودفع الكيس إلى الوكيل، فاشترى الوكيل جارية بألف درهم كما أمره به، ثم نظر الوكيل إلى الكيس، فإذا فيه ألف دينار، أو ألف فلس، أو تسعمائة درهم، فالشراء جائز على الآمر، هكذا ذكر في «الأصل» في جنس هذه المسائل: أن الموكل متى جمع بين الإشارة والتسمية في ثمن ما وكل بشرائه، والمشار إليه من خلاف جنس المسمى، فلا يخلو إما إن كانا جاهلين بحال المشار إليه، أو كان أحدهما جاهلاً به، والآخر عالماً به، أو كانا عالمين غير أن كل واحد منهما لا يعلم بعلم صاحبه، أو كانا عالمين بحال المشار إليه، ويعلم كل واحد منهما أن صاحبه يعلم به، ففي الوجه الأول والثاني والثالث الوكالة تتعلق بالمسمى.

أما في الوجه الأول: وهو ما إذا كانا جاهلين بحال المشار إليه؛ فلأن الوكالة لو تعلقت بالمشار إليه، تؤدي إلى الغرور في حق الوكيل والموكل، أما في حق الوكيل فلأنه يشتري بالمسمى بناء على ظاهر الوكالة، فلو تعلقت الوكالة بالمشار إليه يصير الوكيل بالشراء بالمسمى مشترياً لنفسه، فيتقرر عليه الثمن من غير رضاه. وأما في حق الموكل فلأن الوكالة لو تعلقت بالمشار إليه، فإذا اشترى الوكيل بالمشار إليه ينفذ على الموكل،

ويزول المشار إليه عن ملكه؛ لأنه ما رضي بزوال المشار إليه عن ملكه، إنما رضي بزوال المسمى عن ملكه.

وأما في الوجه الثاني: وهو ما إذا كان أحدهما عالماً، والآخر جاهلاً، فلأن تعليق الوكالة بالمشار إليه يؤدي إلى الغرور في حق الجاهل على نحو ما بينا.

وأما في الوجه الثالث: وهو ما إذا كانا عالمين بحال المشار إليه، إلا أن كل واحد منهما لا يعلم أن صاحبه عالم به، فلأن في زعم كل واحد منهما أن صاحبه جاهل بحال الدراهم، وأن الوكالة تعلقت بالمسمى في حق صاحبه نفياً للغرور عنه.

وفي الوجه الرابع: وهو ما إذا كانا عالمين بحال المشار إليه، ويعلم كل واحد منهما أن صاحبه يعلم به، فالعقد يتعلق بالمشار إليه، وهذا لأن الإشارة للتعريف، والتسمية للتعريف أيضاً، إلا أن الإشارة أبلغ في التعريف من التسمية؛ لأن المسمى قد يشاركه في التسمية غيره، والمشار إليه لا يشاركه في الإشارة غيره، فقضية هذا أن يتعلق الوكالة بالمشار إليه في الوجوه كلها، إلا أنا عدلنا عن هذه القضية في الوجه الأول والثاني والثالث دفعاً للغرور عنهما، أو عن أحدهما، ولا غرور في الوجه الرابع، فيتعلق الوكالة بالمشار إليه.

وعن هذا قلنا: إن من قال لغيره: بعت منك هذا الحمار، وأشار إلى عبد قائم بينهما، فقال الآخر: اشتريت، أنه يجوز العقد على العبد، وتبين بهذا أن ما ذكر في سائر المواضع أن العقد يتعلق بالمسمى، وإن كان المشار إليه من جنس المسمى، فالوكالة تتعلق بالمشار إليه؛ لأن الإشارة أبلغ في التعريف إلا إذا كان في تعليق العقد بالمشار إليه ضرر بالوكيل، فحينئذ يتعلق العقد بالمسمى على ما يأتي بيانه بعد هذا - إن شاء الله تعالى -.

إذا ثبت هذا، جئت إلى تخريج المسألة، فنقول: ما ذكر محمد من الجواب محمول على ما إذا كانا جاهلين بما في الكيس، أو كان أحدهما جاهلاً، والآخر عالماً، أو كانا عالمين، إلا أن كل واحد منهما لا يعلم أن صاحبه يعلم به؛ وإنما نفذ الشراء على الموكل في هذه الوجوه؛ لأن الموكل جمع بين الإشارة والتسمية في ثمن ما وكل بشرائه، والمشار إليه من خلاف جنس المسمى إذ كان في الكيس ألف دينار، أو ألف فلس، وفي

هذه الصورة يتعلق الوكالة بالمسمى في الوجوه الثلاثة ، وإن كان في الكيس تسعمائة درهم ، فالمشار إليه وإن كان من جنس المسمى إلا أن في تعليق الوكالة بالمشار إليه غروراً بالوكيل ؛ لأن الوكيل يشتري بالمسمى بناء على ظاهر الوكالة لو تعلق الوكالة بالمشار إليه ، ينفذ الشراء على الوكيل ، فيتقرر الثمن عليه من غير رضاه ، فلهذا علقنا الوكالة بالمسمى ، وقد اشترى بالمسمى ، وكذلك لو نظر الوكيل إلى ما في الكيس ، وعلم به ، ثم اشترى جارية بألف درهم ، كان الشراء للموكل ؛ لأن الوكالة حين وجودها تعلقت بالمسمى لما ذكرنا ، فلا يتحول إلى غيره بعد ذلك بالنظر في الكيس .

وكذلك لو كان في الكيس ألف وخمسمائة ، فاشترى الوكيل جارية بألف درهم كما ذكرنا ، فالشراء نافذ على الموكل ، والوجه ما ذكرنا ، وكذلك إذا قال : اشتر لي جارية بألف درهم نقد بيت المال التي في هذا الكيس ، فاشترى له كما أمره به ، فإذا في الكيس ألف درهم غلة أو قال : اشتر لي جارية بألف درهم غلة التي في هذا الكيس ، فاشترى له كما أمره به ، فإذا في الكيس ألف درهم نقد بيت المال ، فالشراء جائز على الآمر ، والمعنى ما ذكرنا أن المشار إليه وإن كان جنس المسمى إلا أن في تعليق الوكالة بالمشار إليه ضرراً بالموكل ، فتعلقت الوكالة بالمسمى ، وقد اشترى بالمسمى .

١٦١٠٧ - قال : ولو كان الموكل وزن ألف درهم بين يدي الوكيل ، والوكيل ينظر إليها ، فقال : اشتر لي بهذه المائة الدينار جارية ، فاشترى جارية بمائة دينار كما سمى الموكل كان مشترياً لنفسه ، ولو اشترى بتلك الدراهم جاز على الآمر .

وكذلك إذا قال : اشتر لي بهذه الألف الفلس جارية ، فاشترى بالفلس كما سمى الموكل ، كان مشترياً لنفسه ، ولو اشترى بتلك الدراهم جاز على الآمر ، وتعلقت الوكالة بالمشار إليه ، لما ذكرنا في أصل الباب ، وحملت التسمية على الترويج والمدح إذا سمى المشار إليه دنانير ، وعلى الذم إذا سماها فلوساً ، وهو متعارف فيما بين الناس ، يقول الرجل لغيره : بعت منك هذا الفرس ، ويشير إلى الحمار ، ويريد به المدح والترويج ، ويقول لغيره : بعت منك هذا الحمار ويشير إلى الفرس ، ويريد به الذم .

١٦١٠٨ - ولو دفع إليه كيساً ، وأمره أن يشتري له جارية بهذه الألف الدراهم التي في هذا الكيس ، فهلك الكيس بما فيه في يد الوكيل ، ثم اشترى الوكيل جارية للآمر

بألف درهم، وتصادقا أن الدراهم كانت ستوقة أو رصاصًا فالشراء للموكل، وهذا إذا كانا غير عالمين بما في الكيس وقت الدفع، أو كان أحدهما غير عالم به، أو علما ولكن لا يعلم كل واحد منهما بعلم الآخر. وهذا لأن المشار إليه من خلاف جنس المسمى؛ لأن المسمى دراهم، والستوقة والرصاص ليسا من جنس الدراهم؛ وفي مثل هذه الصورة يتعلق التوكيل بالمسمى، وفي مثل هذه الوجوه الثلاث المسمى دراهم، ومطلق اسم الدراهم ينصرف إلى الجياد، فكأنه وكله بالشراء بألف درهم جياد، ولم يشر إلى شيء، وهناك الجواب كما قلنا. فأما إذا علما بما في الكيس، وعلم كل واحد منهما بعلم صاحبه، تعلقت الوكالة بالمشار إليه، وكانت التسمية للملح والترويج حتى لو اشترى بعد هلاك المشار إليه يصير مشتريًا لنفسه.

ولو أنكر أحدهما العلم بما في الكيس، أو العلم بعلم صاحبه، فالقول قوله؛ لأنه متمسك بالأصل، والآخر يدعي عليه أمرًا عارضًا، وهو العلم بذلك، ولو تصادقا أن الدراهم كانت زيوفًا أو نبهرجة، وباقي المسألة بحالها، ففيما إذا لم يعلما بما في الكيس وقت الدفع، أو علم أحدهما دون الآخر، أو علما، ولم يعلم كل واحد منهما بعلم صاحبه، فالشراء للوكيل.

ولو كانت الزيوف قائمة بعينها في يد الوكيل، فاشترى الوكيل جارية بألف درهم جياد، نفذ الشراء على الموكل، فلم يجعل الزيوف متعينة بعد القبض حالة القيام حتى لا يتقيد التوكيل بالشراء بعينها، وجعلها متعينة في الهلاك حتى توقف بقاء الوكالة ببقائها.

والوجه في ذلك أن الزيوف تشبه الجياد من وجه؛ لأنها دراهم حقيقة، وتشبه الرصاص من وجه لأنها لا تروج كما لا تروج الستوقة والرصاص، فألحقناها بالجياد حالة الهلاك حتى تبطل الوكالة بهلاكها عملًا بالشبهين، فأما إذا علما وعلم كل واحد منهما بعلم صاحبه تعلقت الوكالة بالمشار إليه والمشترى بعد الهلاك للوكيل - والله أعلم.

في هذا الفصل يشترط علم كل واحد منهما بالمشار إليه لتعلق العقد به ، ولا يشترط علم كل واحد منهما بعلم صاحبه بخلاف فصل الوكالة ، فإن هناك كما يشترط علم كل واحد منهما بحال المشار إليه لتعلق العقد به يشترط علم كل واحد منهما بعلم صاحبه بحال المشار إليه .

والفرق : أن المانع من تعليق العقد بالمشار إليه الغرور غير أن الغرور في فصل الوكالة لا ينتفي إلا إذا علما بالمشار إليه ، وعلم كل واحد منهما بعلم صاحبه بالمشار إليه ، أما ههنا : الغرور ينتفي بعلم كل واحد منهما بالمشار إليه ؛ لأن البائع يكون راضيًا بزوال المبيع عن ملكه بهذا العرض ، والمشتري يكون راضيًا بزوال هذا العرض عن ملكه ، فانتفى الغرور .

نوع آخر في التوكيل بالشراء فيما له حمل ومؤنة

إذا استأجر حمولة لحمل المشترى:

١٦٦١٠ - قال محمد : وإذا وكل الرجل رجلا ليشتري له كر حنطة ، فاشتراه له ، واستأجر بعيرًا فحمله عليه ، فهذه المسألة على ثلاثة أوجه :

الأول : أن يوكله أن يشتري له حنطة أو طعامًا في نواحي المصر الذي هما فيه ، وفي هذا الوجه القياس أن يكون الوكيل متبرعًا في النقل ولا يرجع بالكراء ؛ لأنه وكله بالشراء ، فأما ما[1] وكله بالنقل ، وفي الاستحسان : لا يصير متبرعًا ، ويرجع بالكراء ؛ لأنه إن لم يؤمر بالنقل صريحًا ونصًّا ، فقد أمره عرفًا وعادة ؛ لأن المعروف الظاهر فيما بين الناس أن من اشترى طعامًا في ناحية من نواحي المصر ، فإنما يشتري لينقل إلى منزله لا ليتركه في ذلك الموضع .

الوجه الثاني : أن يوكله أن يشتري له حنطة في قرية من قرى المصر الذي هما فيه ، وفي هذا الوجه يصير الوكيل متبرعًا ، ولا يرجع بالكراء قياسًا واستحسانًا .

الوجه الثالث : أن يوكله أن يشتري له حنطة في مصر آخر ، وفي هذا الوجه يصير

---

(١) وفي الأصل : "فأما إذا وكله" .

الوكيل متبرعًا في الثمن أيضًا قياسًا واستحسانًا؛ لأنه لم يؤمر بالنقل في هذين الوجهين لا نصًا ولا عرفًا؛ لأن العرف مشترك جهة؛ لأن من الناس من يشتري طعامًا في مصر آخر، أو في قرية ويتركه ثمة ليحمله بعد، ومنهم من ينقله إلى مصره، فلا يثبت الأمر بالنقل بالشك.

١٦١١١ - وإن كان الآمر أمره أن يشتري له طعامًا، وأن يستأجر له بعيرًا بدرهم، فاستأجر بعيرًا بدرهم ونصف، فإن الكراء على المستأجر؛ لأنه زاد على الأجر المأمور به، فصار مخالفًا، والوكيل بالاستئجار إذا خالف يصير مستأجرًا لنفسه، كالوكيل بالشراء إذا خالف يصير مشتريًا لنفسه.

ولا يقال: يجعل مستأجرًا للموكل، ويجعل متبرعًا في أداء نصف درهم؛ لأنا نقول: إنما يجعل كذلك إذا أمكن التنفيذ على الآمر بدرهم ونصف، وتعذر التنفيذ عليه لمكان الخلاف، فهو نظير الوكيل بالشراء بالألف إذا اشترى بألف وخمسمائة، فإنه يصير مشتريًا لنفسه، ولم يقل أحد: إنه ينفذ على الموكل، ويجعل الوكيل متبرعًا بأداء خمسمائة، كذا ههنا.

ولو كان استأجر بعيرًا بدرهم، كما أمره به جاز على الآمر؛ لأنه وافق أمره، ولم يكن له أن يحبس الطعام بالكراء، وإن كان له أن يحبس الطعام بالثمن، والفرق أن الثمن بدل على الطعام، وقد صار الوكيل بائعًا منه ما اشترى، فكان له أن يحبس الطعام به، فأما الكراء بدل عن النقل، والمنقول لا يحبس بأجر النقل كالحمال لا يحبس المحمول بالأجر - والله أعلم -

نوع آخر

في التوكيل بالشراء بالدين الذي للموكل على الوكيل:

١٦١١٢ - قال محمد في «الجامع الصغير»: رجل له على رجل ألف درهم، أمره أن يشتري بها له هذا العبد بعينه، فاشتراه، فهو للآمر، ولو أمره بشراء عبد بغير عينه، فاشتراه، فهو للمأمور، حتى لو مات العبد عند المأمور مات من مال المأمور، والألف عليه، وإن كان المأمور دفع العبد إلى الآمر على وجه التمليك، فهو للآمر،

وقال أبو يوسف ومحمد: هو جائز للآمر لازم له في الوجهين جميعاً.

والحاصل: أن التوكيل بالشراء إذا أضيف إلى دين على الوكيل لا يصح عند أبي حنيفة إذا لم يكن البائع، ولا المبيع متعيناً، وعندهما يصح، وإذا كان البائع متعيناً، أو كان المبيع متعيناً، فالتوكيل صحيح إجماعاً، والتوكيل بالسلم[1] إذا أضيف إلى دين على الوكيل بأن قال لمديونه: أسلم مالي عليك في كذا إلى من شئت على الخلاف، وإذا كان المسلم إليه متعيناً يجوز بالإجماع.

هما يقولان: بأن الدراهم والدنانير لا يتعينان في الوكالات على ما مر قبل هذا، فصار وجودها، الإضافة والعدم بمنزلة، وهناك الجواب كما قلنا، فههنا كذلك، وأبو حنيفة يقول: أمره بتمليك الدين من غير من عليه الدين، وتمليك الدين من غير من عليه الدين لا يصح. فالأمر به لا يصح أيضاً. بيانه أنه أمره أن يشتري له عبداً بالدين الذي عليه، والشراء تمليك من الجانبين، فكأنه قال: ملك مالي عليك من الدين بخلاف ما إذا عين البائع؛ لأن هناك أمره بتمليك العين.

بيانه: أن البائع إذا كان متعيناً يجعل البائع وكيلاً عن رب الدين بقبض ما على الوكيل من الدين أولاً، وأمكن جعله كذلك؛ لأن التوكيل بالقبض لمعين صحيح، فجعلنا البائع وكيلاً عن رب الدين أولاً بالقبض من الوكيل، ثم جعلنا الوكيل بالشراء وكيلاً بالشراء بذلك المقبوض، كأن رب الدين قال لمديونه: ادفع مالي عليك إلى فلان ثم اشتر لي بذلك المدفوع منه عبداً، فأما إذا لم يكن البائع متعيناً، لا يمكن أن يجعل البائع وكيلاً بالقبض أولاً؛ لأن توكيل القبض بالمجهول باطل، ألا ترى لو قال لمديونه: ادفع مالي عليك من الدين إلى من شئت، كان باطلاً، فيكون هذا أمراً بتمليك الدين من غير من عليه الدين، وأنه لا يجوز.

ثم على قول أبي حنيفة: إذا لم يصح التوكيل إذا لم يكن البائع، ولا المشتري متعيناً لو اشترى الوكيل شيئاً، لزم الوكيل حتى لو هلك في يد الوكيل هلك على الوكيل[2]، وإذا دفعه إلى الموكل على وجه التمليك يصير للموكل؛ لأنه يصير بائعاً منه

(١) وفي الأصل: التسليم.

(٢) وفي م: هلك على البائع.

بالشرط، وعندهما لما صح التوكيل إذا اشترى الوكيل شيئاً كان المشتري للموكل، وإن كان البائع أو المشتري متعنتاً لو اشترى الوكيل شيئاً، فالمشترى يكون للموكل بالإجماع.

١١١١٣ - وإذا قال لمديونه: تصدق بالعشرة التي لي عليك على الفقراء عني، أو قال: كفّر عن يميني بمالي عليك، أو قال: أدّ زكاة مالي من العشرة التي لي عليك تصح الوكالة بالإجماع، هكذا ذكر شمس الأئمة الحلواني، وذكر في كتاب الإجارات: أن من استأجر دابة ليركبها من بلدة إلى بلدة، ثم إن الآجر وكل المستأجر بأن يستأجر بالأجرة غلاماً ليسوقها، إن الوكالة صحيحة، ولم يحك خلافاً.

وذكر فيه أيضاً: إذا استأجر داراً، فقال الآجر للمستأجر: رُمّ ما استرمّ من الدار من الأجرة التي عليك، كانت الوكالة صحيحة؛ بعض مشايخنا قالوا: ما ذكر في الإجارات قولهما، أما على قول أبي حنيفة: الوكالة باطلة، وبعضهم قالوا: ما ذكر في الإجارات قول الكل، والأول أصح.

نوع آخر

في الاستحقاق المشترى بعد ما هلك في يد الوكيل بالشراء:

١١١١٤ - قال: الوكيل بشراء جارية بعينها، أو بغير عينها إذا اشتراها ونقد الثمن، وقبضها، فهلكت في يد الوكيل، ثم استحقها رجل، فهو بالخيار إن شاء ضمن البائع قيمتها، وإن شاء ضمن المشتري؛ لأن كل واحد منهما غاصب في حقه، ولا سبيل للمستحق على الآمر؛ لأنه لم يقبض الجارية، فلم يصر غاصباً، فلم يجعل الموكل قابضاً بقبض الوكيل في حق صيرورة الموكل غاصباً.

وفرق بين الوكيل بالشراء وبين الوكيل بالقبض، فإن من اشترى جارية، ووكل رجلاً يقبضها، فقبضها الوكيل، وهلكت في يده، ثم استحقت كان للمستحق الخيار، إن شاء ضمن البائع، وإن شاء ضمّن الوكيل، وإن شاء ضمّن الموكل، ويجعل الموكل قابضاً بقبض الوكيل.

والفرق: وهو أن الوكيل بالشراء أصيل في حق القبض، وليس بنائب عن الموكل؛ لأنه من حقوق العقد، والعاقد أصيل في حق حقوق العقد، فكان القبض من هذا الوجه واقعاً للوكيل أكثر ما فيه أنه وقع للموكل من وجه آخر، فلا جرم يصير الموكل قابضاً من وجه دون وجه، فيقع الشك في كونه غاصباً من وجه، والغصب لا يثبت بالشك، أما الوكيل بالقبض نائب عن المالك في القبض من كل وجه، فكان قبض الوكيل واقعاً للموكل من كل وجه، والقبض كان غصباً من حيث هو إتلاف، والمرء يكون متلفاً بنائبه، ولهذا كان للمستحق أن يضمن الموكل، ثم في الوكيل بالشراء إذا اختار المستحق تضمين الوكيل، وأخذ منه قيمة الجارية، كان للوكيل أن يرجع على البائع بالثمن؛ لأن استرداد القيمة بمنزلة استرداد عينها، ولو استرد عين الجارية، أليس أنه ينتقض العقد، ويرجع الوكيل على البائع بالثمن، فههنا كذلك، ولا يرجع الوكيل على الآمر بما غرم من قيمة الجارية للمستحق.

فرق بين هذا وبين الوكيل بالبيع إذا باع وقبض الثمن، وهلك الثمن في يد الوكيل، ثم استحق المبيع من يد المشتري، ورجع المشتري على الوكيل بالثمن، كان للوكيل أن يرجع على الآمر بما غرم من الثمن للمشتري، والفرق: أن الوكيل بالبيع نائب محض في قبض الثمن؛ لأن الثمن بمقابلة المبيع، وهو ملك الموكل، لا حق للوكيل فيه، فكذا للوكيل بدله، فكان قبضه فيه واقعاً للموكل، فكان ضمان القبض عليه؛ فلهذا يرجع بما غرم على الموكل، وأما الوكيل بالشراء يقبض ما قبض بمقابلة ما ملك عليه، وهو الثمن، فيصير قابضاً لنفسه من هذا الوجه إن كان قابضاً للموكل باعتبار الحكم وهو الملك، وضمان الغصب ضمان قبض، فلا يثبت من جهة الموكل مع التردد.

وإن اختار المستحق تضمين البائع، تم البيع بين البائع وبين المشتري، وطاب الثمن للبائع إن كان قبض الثمن؛ لأن البائع لما ضمن قيمتها للمستحق ملكها من وقت الغصب السابق، وبيعه من المشتري كان بعد ذلك، فظهر أنه حين باع، باع ملك نفسه، فنفذ بيعه، وسلم المبيع للمشتري، فسلم الثمن للبائع في مسألة الوكيل بالقبض، إن اختار

المستحق تضمين البائع، تم البيع لأمر[1]، وإن اختار تضمين الوكيل أو الموكل تنتقض البيع غير أنه إذا اختار تضمين الوكيل، رجع بما ضمن على الموكل؛ لأنه كان عاملاً له في القبض، وكان قرار الضمان عليه، وإن اختار تضمين الموكل، فالموكل لا يرجع على أحد؛ لأن قبض الوكيل وقع له، فكأنه قبض بنفسه – والله أعلم –.

---

(١) البياض 'هنا'، وفي الأصل قوله: ثم البيع ساقط

الفصل الحادي عشر

في التوكيل بالبيع

هذا الفصل يشتمل على أنواع :

نوع : في التوكيل بالبيع المطلق إذا باع ، ما سوى الدراهم والدنانير ، أو باع بالنسيئة ، أو باع بالعين .

١٦١١٥ - الوكيل بالبيع المطلق يملك البيع بما عزّ وهان ، وبأي ثمن كان عند أبي حنيفة ، وقال أبو يوسف ومحمد : لا يملك البيع إلا بمثل القيمة ، أو بأقل مقدار ما يتغابن الناس فيه ، ولا يملك البيع إلا بالثمن المعتاد فيما بين الناس

١٦١١٦ - وإذا باع بأجل متعارف فيما بين التجار في تلك السلعة ، جاز عند علمائنا ، وإن باع بأجل غير متعارف فيما بين التجار في تلك السلعة بأن باع مثلا إلى خمسين سنة ، أو ما أشبه ذلك ، فعلى قول أبي حنيفة : يجوز ، وعلى قول أبي يوسف ومحمد : لا يجوز .

قال مشايخنا : وإنما يجوز البيع بالنسيئة إذا لم يكن في لفظه ما يدل على البيع بالنقد ، وأما إذا كان في لفظه ما يدل على البيع بالنقد ، لا يجوز البيع بالنسيئة ، وذلك نحو أن يقول : بع هذا العبد ، واقض ديني ، أو قال : بع ، فإن الغرماء يلازمونني ، أو قال : بع ، فإني أحتاج إلى نفقة عيالي ، ففي هذه الصورة ليس له أن يبيع بالنسيئة ، وقد روي عن أبي يوسف نحو هذا ، فإنه روي عنه إذا وكله بالبيع على وجه التجارة ، فله أن يبيعه بالنسيئة ، وإن وكله بالبيع لحاجته إلى النفقة أو قضاء الدين ، أو ما أشبه ذلك ، فليس له أن يبيع بالنسيئة .

١٦١١٧ - وفي "نوادر ابن سماعة" عن أبي يوسف : لو أن امرأة دفعت غزلا إلى رجل ليبيعه ، فهذا على البيع بالنقد ، قال ثمة : إذا كان هناك ما يستدل به على إرادة البيع بالنقد ، فليس له أن يبيع بالنسيئة .

١٦١١٨ - قال في "الزيادات" : وإذا قال الرجل لغيره : خذ عبدي هذا ، وبعه

بعبده، أو قال: اشتر لي به عبداً صح التوكيل، فقد صحح التوكيل بالبيع بعبد مطلق، وبشراء عبد مطلق، وإن كان لا يصح المباشرة من الموكل على هذا الوجه، فإن من قال لغيره: بعتك هذا العبد بعبد، أو قال: اشتريت منك بهذا العبد عبداً لا يجوز.

والفرق: أن جهالة الوصف في التوكيل لا تفضي إلى المنازعة؛ لأن التوكيل ليس بلازم، ولا كذلك المباشرة؛ لأنها لازمة، فتفضي إلى المنازعة، والمانع من الصحة المنازعة، لا نفس الجهالة.

ثم إذا صح التوكيل ينظر بعد ذلك إن كان قد وكله بالشراء، فاشترى عبداً بغبن فيه لا يجوز، كما لو اشترى الوكيل بنفسه، وإن اشترى عبداً بعبد، إن كانت قيمة العبد المشترى مثل قيمة هذا العبد، أو أقل مقدار ما يتغابن الناس فيه يجوز، وإن كان مقدار ما لا يتغابن الناس فيه لا يجوز، وإن كان قد وكله بالبيع، فباعه بعبد بغبن فيه لا يجوز، كما لو باع الموكل بنفسه، ولو باع بعبد بعينه، فإن كان قيمة ذلك العبد مثل قيمة هذا العبد، أو أقل مقدار ما يتغابن الناس فيه يجوز، وإن كان مقدار ما لا يتغابن الناس فيه، لا يجوز، هكذا ذكر في «الزيادات».

قيل: هذا على قولهما، فأما على قول أبي حنيفة يجوز كيف ما كان؛ لأنه وكيل بالبيع مطلقاً، والوكيل بالبيع المطلق يملك البيع بما عز وهان عنده، وقيل: هذا قول الكل؛ لأن في بيع المقايضة كل واحد من البدلين مبيع من وجه ثمن من وجه، فكان هذا توكيلاً بالشراء من وجه، وبالبيع من وجه، والغبن عند أبي حنيفة إن كان يتحمل في التوكيل بالبيع، لا يتحمل في التوكيل بالشراء، والأول أظهر؛ لأن الثمنية أصل فيما وكل ببيعه، والعبرة للأصل هنا تبع.

١٦١٦٩ ولو أمره أن يبيع عبده هذا بكر حنطة، أو بعشرة أثواب هروية، فللوكيل أن يبيعه بأشياء معينة، وموصوفاً في الذمة مؤجلاً؛ لأن التوكيل حصل بالبيع مطلقاً، وأمكن العمل بإطلاقه؛ لأن الحنطة والثياب تثبت في الذمة في مبادلة المال بالمال، ولهذا جاز السلم فيهما، [illegible]، ألا ترى أن الموكل لو باع بنفسه بحنطة موصوفة في الذمة، أو بثياب موصوفة في الذمة جاز، فكذا إذا باع الوكيل.

قال: ويشترط أن يكون الثياب، أو الكر على قدر قيمة العبد المأمور ببيعه، وهذا

الجواب في الثياب ظاهر على قول الكل؛ لأن الثياب لا تثبت في الذمة إلا مبيعة، ولهذا لا يثبت إلا بطريق السلم حتى يشترط فيها جميع شرائط السلم، فإذا كانت الثياب مبيعة، كان العبيد ثمناً، فكان هذا توكيلاً بالشراء، والوكيل بالشراء لا يتحمل منه الغبن الفاحش، وأما في الحنطة فما ذكر من الجواب قولهما؛ لأن الحنطة إذا لم تكن معينة، وقد استعملت استعمال الأثمان كانت ثمناً، وههنا استعملت استعمال الأثمان، وكان هذا توكيلاً ببيع العبد والوكيل بالبيع لا يتحمل منه الغبن الفاحش عندهما، وعند أبي حنيفة: يتحمل، فيملك البيع بالحنطة على أي وجه كانت الحنطة.

نوع آخر:

في التوكيل بالبيع المطلق إذا باع بيعاً فاسداً، ويدخل فيه مسألة الوكيل بالشراء المطلق إذا اشترى شراء فاسداً، ومسألة الوكيل بالبيع الفاسد إذا خالف.

١٦٦٢٠ - قال محمد: إذا وكل الرجل رجلاً أن يبيع عبده بألف درهم، وقيمته ألف درهم أو خمسمائة، فباعه بألف درهم إلى العطاء، وسلمه إلى المشتري، فمات في يده، أو أعتقه، فلا ضمان على الوكيل، وعلى المشتري القيمة، ويكون حق قبض القيمة للوكيل، أما لا ضمان على الوكيل؛ لأنه لو ضمن، ضمن بالخلاف، ولم يصر مخالفاً، إما أن يصير مخالفاً بسبب فساد البيع لكون الأجل مجهولاً، أو بسبب أنه حصل للآمر أقل من المسمى إذا كانت قيمة العبد خمسمائة لا وجه إلى الأول؛ لأن البيع الفاسد يدخل تحت مطلق البيع، كالبيع الجائز، ولا وجه إلى الثاني؛ لأن هذا خلاف ثبت حكماً لا قصداً؛ لأنه باعه بألف، كما أمر به إلا أن وجوب الخمسمائة كان حكماً لفساد العقد، لا قصداً، ومثل هذا لا يعتبر في إثبات المخالفة.

وأما وجوب القيمة على المشتري؛ لأن هذا البيع فاسد، والبيع الفاسد يوجب القيمة على المشتري عند تعذر الرد، وأما حق قبض القيمة للوكيل؛ لأن القيمة وجبت بالعقد، وكان قبضها من حق العقد، فيكون للعاقد.

١٦٦٢١ - رجل أمر رجلاً أن يبيع عبده بألف درهم، فباعه بخمسمائة إلى العطاء، وقيمته ألف أو خمسمائة، وقبضه المشتري، لا يملكه؛ لأنه صار مخالفاً، ولم

يعتبر فضل قيمته إن كانت ألفًا وخمسمائة؛ لأن الموافقة والمخالفة يعتبر في المسمى والمشروط دون ما يثبت حكمًا، وفيما يرجع إلى التسمية، وهو مخالف إلى شر؛ لأنه وكله بالبيع بألف، وقد باع بخمسمائة، فإذا صار مخالفًا لم يكن هذا البيع داخلا تحت التوكيل، فصار الوكيل في هذا البيع كما قبل الوكالة، وقبل الوكالة لو باعه وقبضه المشتري، لا يصير ملكًا له حتى لو أعتقه لا ينفذ عتقه، كذا هنا. فلو مات في يد المشتري كان للآمر الخيار، إن شاء أخذ القيمة من المشتري، وإن شاء من الوكيل، كما لو باع عبد الغير من غيره من غير توكيل، فمات في يد المشتري، فإن أخذ القيمة من المشتري لم يرجع بها على غيره؛ لأنه ضمن بفعله، ولم يرد على يده جناية غيره، فهو كغاصب الغاصب، وإن ضمن الوكيل رجع بما ضمن، وهو القيمة على المشتري.

فمن مشايخنا من قال: إنما يرجع على المشتري بالقيمة باعتبار أن البيع لم ينفذ؛ لأنه أمين في العين، والمودع إذا باع وسلم، ثم ضمن لم ينفذ بيعه، هكذا روي عن محمد، ومن مشايخنا من قال: لا، بل هذا البيع نافذ كبيع المودع الوديعة بغير إذن صاحبها على ما هو جواب ظاهر الرواية، فقضية هذا أن لا يرجع على المشتري بالقيمة، ولكن الوجه في الرجوع على المشتري بالقيمة؛ لأن البيع ههنا، وإن نفذ إلا أنه بيع فاسد والبيع الفاسد يوجب ضمان القيمة، فلهذا رجع على المشتري بضمان القيمة.

١٦١٦٢ – وإذا أمره أن يبيع عبده بيعًا فاسدًا، فباع بيعًا جائزًا، فالقياس أن لا يجوز على الآمر، وبه أخذ محمد؛ لأنه وكله ببيع يملك الآمر نقضه، وقد أتى ببيع لا يملك الآمر نقضه، فهو نظير ما لو وكله بأن يبيعه بخمر أو خنزير، فباعه بالدراهم بيعًا جائزًا، وفي الاستحسان: يجوز على الآمر، وهو قول أبي حنيفة لأنه وكله بالبيع، وإن شرط شرطًا فاسدًا، وقد لغى[1] الأمر بالشرط لكونه معصية، فكأنه أمره بالبيع مطلقًا.

فأما مسألة البيع بخمر أو خنزير، فلا ذكر لها في الكتاب قالوا: وينبغي أن يجوز على قول أبي حنيفة؛ لأن اشتراط الخمر والخنزير قد لغا، وبقي قوله: بع هذا العبد، والحاصل في جنس هذه المسائل: أنه ينظر إن الفساد نشأ عمّا ذا، فيلغو ذلك، ويعمل بالباقي.

---

(١) وفي الأصل وم: "بقي".

١٦٦٢٣ - رجل أمر رجلاً أن يشتري له عبداً بألف درهم ، فاشتراه بألف إلى العطاء ، ومات العبد في يد الوكيل كان على الوكيل القيمة لكون الشراء فاسداً ، ثم يرجع بما ضمن من القيمة على الآمر ، وإن كان أكثر من الألف ؛ لأن الشراء وقع للموكل ؛ لأنه لم يصر مخالفاً ؛ لأن الأجل في الدين ينقض الثمن ، فصار كالوكيل بالشراء بألف درهم ، إذا اشترى بتسعمائة ، وذلك لا يعتبر خلافاً ، ولا يصير مخالفاً من حيث إنه يلزم الموكل زيادة على الثمن ، بأن تكون قيمته ألفين ؛ لأن ذلك أمر حكمي على ما مر ، ولو بقي العبد حتى أعتقه الموكل صح ، ولو أعتقه الوكيل لا يصح ؛ لأن الشراء لما نفذ على الموكل صار العبد مملوكاً للموكل ، فكان الموكل معتقاً ملك نفسه ، والوكيل معتقاً ملك غيره .

ولو أن هذا الوكيل اشتراه بألف درهم وعشرة إلى العطاء ، وباقي المسألة بحالها ، لا يرجع بما ضمن من القيمة على الآمر ؛ لأنه لا يصير[1] مشترياً للآمر ؛ لأنه وكله بالشراء بألف ، وهو اشتراه بالزيادة على ذلك ، فصار مخالفاً إلى شر[2] ، فيصير مشترياً لنفسه حتى لو أعتقه الموكل قبل أن يموت لم يصح ، ولو أعتقه الوكيل صح

١٦٦٢٤ - ولو وكله أن يبيع عبداً له بألف درهم إلى أول عطاء يكون ، فباعه إلى العطاء الثاني ، وقبضه المشتري ، فمات في يده لم ينفذ على الآمر ؛ لأن الزيادة في الأجل نقصان في الثمن ، فصار كالوكيل بالبيع بألف إذا باع بتسعمائة ، ومتى لم ينفذ على الآمر ، صار الوكيل ضامناً بالتسليم ، فإن شاء المالك ضمن المشتري القيمة ، وإن شاء ضمن الوكيل كان ضمّن المشتري لم يرجع على أحد ، وإن ضمن الوكيل نفذ بيعه ، وإن كان فاسداً ، فيرجع بالقيمة على المشتري ، فلو لم يمت ، ولكن أعتقه المشتري ، لا ينفذ عتقه ؛ لأنه لم يصر مملكاً له .

ولو باعه بألف درهم إلى أجل دون العطاء نفذ على الآمر حتى لا يضمن الوكيل ؛ لأن النقصان في الأجل المأمور به زيادة في الثمن ، ولو زاد على الثمن المأمور به حقيقة ، لا يعتبر ذلك خلافاً ، فكذا إذا زاد معنى ، وإذا لم يصر مخالفاً نفذ على الآمر ، فلا

---

(١) هكذا في ظ ، وفي الأصل : لم يصر .

(٢) هكذا في ظ ، وفي الأصل : إلى الشراء ، وهو خطأ

يضمن الوكيل بهذا. لكن يضمن المشتري القيمة، لكون الشراء فاسداً، ولو لم يمت، ولكن أعتقه المشتري نفذ عتقه؛ لأنه أعتق ما يملك.

١٦١٢٥ - وإذا أمر رجلان أن يشتري له عبداً بألف درهم إلى العطاء، فاشترى بألف درهم إلى أجل مجهول دون العطاء، صار مشترياً لنفسه؛ لأن نقصان الأجل زيادة في المسمى معنى، والوكيل بالشراء إذا زاد على المسمى حقيقة يصير مشترياً لنفسه، فكذا إذا زاد معنى.

١٦١٢٦ - وإذا أمر الرجل رجلاً أن يبيع عبداً له بألف درهم، فباعه بألف درهم، ورطل من خمر بغير عينها، فمات في يد المشتري، فالمشتري ضامن للقيمة، ولا ضمان على البائع، أما لا ضمان على البائع لأنه لم يصر مخالفاً، لا في العقد، ولا في الثمن أما في العقد، فلأن التوكيل في البيع بألف يتناول بيعاً لا يشوبه شراء، فكان الذي أتى به بيعاً محضاً، وأما في الثمن فلأن تقدير الثمن من الموكل يمنع النقصان، أما لا يمنع الزيادة، وأما على المشتري القيمة لكون العقد فاسداً، وتكون ولاية قبض القيمة للوكيل؛ لأنه هو العاقد، ولو باعه بألف درهم ورطل من خمر بعينها، فمات في يد المشتري، فعلى قياس قول أبي حنيفة: الآمر بالخيار، إن شاء ضمّن المشتري قيمة العبد، ولم يرجع على البائع بشيء، وإن شاء ضمّن البائع، وعند ذلك يقسم العبد على ألف درهم، وعلى قيمة الخمر، فما أصاب الألف من العبد لم يضمنه البائع، ولكن يضمنه المشتري، وما أصاب قيمة الخمر يضمنه البائع، وإنما كان كذلك؛ لأن ما يخص العبد من الألف فالوكيل فيه موافق، وليس بمخالف لا في العقد، ولا في الثمن، أما في العقد: فلأنه أمره ببيع الكل بألف، وباع ذلك القدر بألف، وهذا خلاف في جنس ما أمر به، فلا يعد خلافاً بقي الخلاف في أنه أمره ببيع كل العبد بألف، وقد باع بعض العبد. ولكن بهذا لا يصير مخالفاً عند أبي حنيفة؛ لأن عنده الوكيل ببيع العبد يملك بيع بعض العبد، فعلم أن المأمور لم يصر مخالفاً فيما يخص الدراهم من العبد، فلم يكن عليه ضمان ذلك القدر. فأما ما كان بمقابلة الخمر من العبد، فالمأمور به قد خالف من حيث العقد؛ لأنه أمره ببيع لا يشوبه شراء، والذي أتى به في ذلك القدر شراء من وجه؛ لأن الخمر متى كان بعينه، فهو سلعة كسائر المكيلات، فكان البيع بذلك القدر شراء من وجه، فصار مخالفاً ضامناً بالتسليم، فإن شاء الآمر ضمّن البائع ذلك القدر، وإن شاء ضمّن المشتري جميع

بالخيار، إن شاء ضمن المأمور ذلك القدر، وإن شاء ضمن المشتري، وما أصاب الدراهم لم يصر المأمور فيه مخالفاً عند الكل، لا يلزمه الضمان عند الكل.

١٦١٢٩ - ولو أمره ببيع عبده بمائة رطل من خمر، فباعه بخنزير أو أمره ببيع عبده بخنزير، فباعه بمائة رطل من خمر لم يملكه المشتري، حتى لو أعتقه بعد ما قبضه لا ينفذ عتقه، ولو مات في يد المشتري، كان الآمر بالخيار، إن شاء ضمن البائع القيمة، ورجع بها على المشتري، وإن شاء ضمن المشتري، ولا يرجع بها على أحد؛ لأنه خالف أمر الموكل قصداً في المشروط، فيصير مخالفاً، وإن كان المسمى لا يجب ولا يستحق على المشتري، ألا ترى أن من قال لغيره: بعت منك هذا العبد بمائة رطل من خمر، فقال المخاطب: اشتريته بخنزير، أو قال لغيره: بعت منك هذا العبد بخنزير، فقال المخاطب: اشتريته بمائة رطل من خمر، كان مخالفاً، وجعل مبتدئاً، كذا في مسائلنا - والله أعلم.

نوع آخر
في الوكيل بالبيع إذا خالف في الثمن، وفي تغيير المبيع بعد التوكيل قبل البيع:

١٦١٣٠ - قال محمد: الوكيل بالبيع بألف إذا باع بألفين جاز عندنا، خلافاً لزفر، وكذا الوكيل بشراء شيء بعينه بألفين إذا اشترى بألف جاز عندنا خلافاً لزفر.

١٦١٣١ - وفي "وكالة المنتقى": إذا أمر رجلاً ببيع غلامه بمائة دينار، فباعه المأمور بألف درهم، ولم يعلم الآمر ما باعه، فقال المأمور: بعت الغلام، وقال الآمر: قد أجزت جاز البيع بألف، وكذلك في النكاح، ولو قال الآمر: قد أجزت ما أمرتك به، لم يجز، وفي "نوادر هشام" عن محمد: أنه قال: سألت أبا يوسف عن رجل دفع ديناراً إلى رجل ليبيعه، فأمسك الرجل الدينار لنفسه، وأخذ من عند نفسه ديناراً مثل ذلك الدينار، وباعه للآمر يجوز؛ لأنه موافق من وجه من حيث إنه باع الدينار، مخالف من وجه من حيث إنه لم يبع الدينار للآمر، وتصرف الوكيل إنما لا ينفذ على الموكل إذا خالفه من كل وجه، وذكر عين هذه المسألة عن أبي يوسف في "فتاوى أبي الليث".

وذكر أنه لا يجوز ، فصار عن أبي يوسف في المسألة روايتان.

١٦١٣٢ - وفي «نوادر بشر» عن أبي يوسف : إذا أمر رجلاً أن يبيع عبده ، فباعه بفلوس أو ذهب[1] تبر ، أو فضة تبر بعينه ، أو بغير عينه ، مما يكون ثمناً لم يجز ، وفي «نوادر ابن سماعة» : إذا وكله أن يبيع ثوبه بعشرة دراهم ، فباعه بثلاثة دنانير أنه لا يجوز ، وقد ذكرنا عن أبي يوسف في الوكيل بالشراء بخلاف هذا ، وقد ذكرنا أجناس هذا في الوكيل بالشراء . وإذا وكل وكيلاً ببيع عبده بألف وهو قيمته ، ثم تغير سعره ، وصار يساوي ألفين ، قال الفقيه أبو بكر : ليس للوكيل أن يبيعه بألف.

نوع آخر

إذا حصل التوكيل بشرط ما يجب اعتباره وما لا يجب:

١٦١٣٣ - الأصل في هذا النوع أن الموكل إذا شرط على الوكيل شرطاً مفيداً من كل وجه ، بأن كان ينفعه من كل وجه ، فإنه يجب على الوكيل مراعاة شرطه ، أكده بالنفي أو لم يؤكده ، بيانه : فيما إذا قال : بعه بخيار ، فباعه بغير خيار لا يجوز ؛ لأنه ترك شرطاً مفيداً نافعاً من كل وجه ؛ لأن البيع بشرط الخيار لا يزيل المبيع عن ملكه ، فيجب على الوكيل مراعاته ، وإذا شرط في العقد شرطاً لا يفيد أصلاً ، بأن كان لا ينفعه بوجه ما ، بل يضره ، لا يجب على الوكيل مراعاته ، أكده الموكل بالنفي أو لم يؤكده ، بيانه : فيما إذا قال : بعه بألف نسيئة ، أو قال : لا تبعه إلا بألف نسيئة ، فباعه بألف نقد يجوز على الآمر ؛ لأن هذا شرط لا يفيد أصلاً ، بل يضره ، فلا تجب مراعاته.

وإذا شرط شرطاً يفيد من وجه ، ولا يفيد من وجه ، بأن كان ينفع من وجه ، ولا ينفع من وجه ، إن أكده بالنفي يجب مراعاته ، وإن لم يؤكده بالنفي لا تجب مراعاته ، بيانه : فيما إذا قال له : بعه في سوق كذا ، فباعه في سوق آخر ؛ فإن لم يؤكده بالنفي بأن لم يقل : لا تبعه إلا في سوق كذا ، فباعه في سوق آخر ، ينفذ على الآمر ، وإن أكده بالنفي لا ينفذ على الآمر ؛ لأن تعيين السوق قد ينفعه ، وقد لا ينفعه ؛ لأن من الأسواق ما تكون التجارة فيه أربح في بعض الأزمان ، ومنها ما لا يكون التجارة فيه أربح في

---

(١) وكان في الأصل : «تبر».

بعض الأزمان، فكان التعيين مفيداً من وجه دون وجه، ولو كان التعيين مفيداً من كل وجه يجب مراعاته على كل حال، ولو لم يكن مفيداً من كل وجه لا يجب مراعاته أصلاً، فإذا كان بينهما قلنا: إن أكده بالنفي يجب مراعاته، وإن لم يؤكده بالنفي لا يجب مراعاته.

١٦١٣٤ - وإذا عرفنا هذه الجملة جئنا إلى تخريج المسائل، فنقول: إذا أمره أن يبيع ويشهد على بيعه، فإن لم يؤكده بالنفي، بأن قال: بع واشهد فباع ولم يشهد، جاز، وإن أكده بالنفي بأن قال: لا تبع إلا بشهود فباع ولم يشهد لا يجوز؛ لأن الإشهاد ينفعه من وجه بأن يجحد المشتري، ولا ينفعه من وجه، بأن لا يجحد المشتري، وكذلك ينفعه إذا لم يغب الشهود، ولم يموتوا، ولا ينفعه إذا غابوا أو ماتوا، فقلنا: إن أكده بالنفي يجب مراعاته، وإن لم يؤكده بالنفي لا يجب مراعاته.

١٦١٣٥ - وإذا أمره أن يبيع برهن، أو كفيل، فباع من غير رهن أو من غير كفيل لا يجوز، أكده بالنفي أو لم يؤكده، وإذا قال: بع برهن ثقة به لم يجز إلا برهن يكون بقيمته وفاء بالثمن، أو يكون قيمته أقل مقدار ما يتغابن فيه، وإذا أطلق جاز بالرهن القليل، وعندهما لا يجوز إلا بنقصان يتغابن فيه؛ لأن هذا رهن مشروط في البيع، فيكون حكمه حكم البيع، والحكم في التوكيل بالبيع المطلق ما ذكرنا، وإذا قال: بعه برهن، فباعه وأخذ الرهن، فلا سبيل للموكل على الرهن، هذه الجملة من الأصل، ولو رد الوكيل الرهن، فهو ضامن هذه الزيادة من البقالي

١٦١٣٦ - وإذا أمره أن يبيعه من فلان بثمن دين، فباعه من رجل آخر بثمن دين لا يجوز؛ لأن تعيين المشتري إذا كان الثمن ديناً ينفعه من كل وجه؛ لأن الذمم[1] لا تتفاوت في الملاء، بخلاف ما إذا كان الثمن عيناً، بأن قال: بعه بالجارية التي لفلان، فباع فلان الجارية من رجل آخر، ثم إن الوكيل باع العبد بتلك الجارية من المشتري جاز؛ لأن تعيين المشتري إذا كان الثمن عيناً لا يفيد، وإن باعه منه، ومن آخر لا يجوز البيع في النصف الذي باعه من آخر، كما لو باع الكل منه، وإذا لم يجز بيع هذا النصف، هل يجوز البيع في النصف الآخر؟ فعلى قول أبي حنيفة: يجوز، وعلى قولهما: لا يجوز

(١) هكذا في ظ ف م، وكان في الأصل: الثمن.

إلا أن يبيع الباقي؛ لأن مع ذلك النصف إذا لم يجز يصير كأنه لم يبع ذلك النصف، إنما باع هذا النصف الآخر من الذي عينه، وهناك المسألة على الخلاف، وفي باب الوكالة بالسلم إذا أسلم إلى غير من سمى الموكل صار مخالفاً كما لو أسلم في غير ما سماه.

١٦٦٣٧- وإذا وكله بالبيع نسيئة، فباع بالنقد، إن باع بالنقد بما يباع بالنسيئة يجوز، وما لا فلا، في آخر مضاربة شيخ الإسلام، وذكر في وكالة «شرح الطحاوي»: أن البيع جائز من غير فصل، وكذلك إذا قال له: لا تبعه بالنقد، ذكر ثمة أنه يجوز من غير فصل.

وفي كتاب الوكالة: إذا قال: بعه نسيئة سنة فباعه بألف أو أكثر بالنقد جاز؛ لأنه وإن صار مخالفاً إلا أن هذا خلاف إلى خير من كل وجه، وإن باع بأقل من الألف بالنقد لا يجوز؛ لأنه إن خالف إلى خير من حيث التعجيل فقد خالف إلى شر من حيث المقدار، والخلاف إلى شر من وجه يكفي للمنع من النفاذ، وإن باعه بالدين نسيئة سنة وشهر أيضاً لا يجوز؛ لأنه وإن خالفه إلى خير من حيث المقدار، فقد خالفه إلى شر من حيث إنه زاد على أصل الأجل، فعلى هذا يخرج جنس هذه المسائل، ولو قال: بعه على أن تشهد، فباع من غير إشهاد لا يجوز، ولو قال: بعه وانتقد، فهو على البيع بالنقد، وليس له أن يبيعه نسيئة -والله أعلم-.

نوع آخر

يتصل بهذا النوع:

١٦٦٣٨- إذا أمر رجلاً أن يبيع عبداً له، ودفع العبد إليه، ونهاه الآمر عن دفع العبد بعد البيع حتى يقبض الثمن؛ قال محمد: هذا النهي باطل، وقال أبو يوسف: صحيح، هكذا ذكر المسألة في «الجامع»، ولم يذكر قول أبي حنيفة، وهو مع قول محمد، وهذا الاختلاف بناء على أن المذهب عند أبي حنيفة ومحمد أن جهة المالكية في حقوق العقد التي يثبت للوكيل راجحة، فيصير الوكيل في حق تلك الحقوق مالكاً، والموكل أجنبياً، ولهذا صح إبراء الوكيل المشتري عن الثمن عندهما، ونهي المالك عن التصرف في ملكه لا يصح، وعند أبي يوسف جهة النيابة راجحة، ولهذا لا يصح إبراء

ومحمد عندهما، وقيل عند أبي يوسف.

والفرق: أنه إذا أسلم العبد إلى الوكيل، فقد أبطل يده، وأثبت للوكيل يد الوكالة، وبتلك اليد يتسلط على التسليم، وثمرة تلك اليد وهو حق التسليم يثبت للوكيل في حق الأحوال كلها عند أبي حنيفة ومحمد، وقبل النهي عند أبي يوسف، وتلك اليد متقدمة ههنا، ويد الوكيل قائمة، فلا يجوز إبطاله إلا برضاه.

١٦٦٤٠- ولو باعه بألف درهم نسيئة إلى شهر، والعبد في يد الآمر صح البيع. وقد ذكرنا قبل هذا الكلام في البيع بالنسيئة أنه هل يدخل تحت البيع المطلق؟ وإذا صح البيع ليس للموكل أن يحبسه عن المشتري، فرق بين هذا وبينما إذا باعه الوكيل بثمن حال، والعبد في يد الموكل، فإن هناك للموكل أن يحبسه عن المشتري بالثمن، والفرق: أن بيع الوكيل بالنسيئة، وإنه داخل تحت الأمر بمنزلة بيع الآمر بنفسه من وجه، والآمر لو باع بنفسه من كل وجه بالنسيئة يجبر على التسليم، ولو باع حالاً لا يجبر، فكذا إذا باع الوكيل، وهذا هو الحيلة للوكيل إذا أراد تسليم السلعة إلى المشتري قبل استيفاء الثمن أن يبيع بثمن مؤجل، ولو دفع الآمر العبد إلى المأمور بعد ما أمره أن يبيعه ونهاه أن يدفعه إلى المشتري بعد البيع حتى يستوفي الثمن، فباعه المأمور، ولم يقبض الثمن حتى أخذ الآمر العبد من المأمور، ثم أراد المأمور أن يأخذه من الآمر ويدفعه إلى المشتري قبل قبض الثمن، وأبى الآمر أن يدفع حتى يقبض المأمور الثمن، كان للآمر ذلك؛ لأن الآمر لما أخذ العبد من الوكيل انتقض يد الوكيل، وعاد العبد إلى قديم يد الآمر، فصار كأن الآمر لم يدفع العبد إلى الوكيل، هناك كان للآمر كما قلنا، كذا ههنا، وهذا بخلاف ما لو كان الوكيل سلم العبد إلى المشتري قبل قبض الثمن، ثم أراد الموكل استرداد العبد لأجل الثمن، فإنه ليس له ذلك.

١٦٦٤١- ولو أمره أن يبيعه بعبد له، والعبد في يد الآمر، ولم يأمره الآمر بالقبض، ولم ينهه عن ذلك، فباعه الوكيل، ثم قبضه من منزل الآمر ليدفعه إلى المشتري، فمات العبد في يد المأمور قبل الدفع إلى المشتري، فلا ضمان على المأمور؛ لأن للمأمور حق قبض العبد من منزل الآمر ليمكنه التسليم عند نقد المشتري الثمن؛ لأنه هو المطالب بذلك، إلا إذا وجد النهي عن الموكل، ولم يوجد، فإنما أخذ العبد وله حق

الأخذ، لم يكن مضموناً عليه، وإن لم يبعث العبد، سلمه المأمور إلى المشتري قبل قبض الثمن، فللآمر أن يأخذه من المشتري حتى ينقد الثمن؛ لأن للآمر حق الحبس بالثمن صيانة للثمن، فوجب مراعاة الحقين، فراعينا حق الآمر، وأطلقنا له نوعاً من الأخذ والاسترداد والإعادة إلى يده متى أخذ العبد من منزله بغير إذنه، وراعينا حق المأمور في القبض، فلم نجعله ضامناً مضموناً عليه متى قبضه من منزل الآمر، فأطلقنا له نوعاً من الأخذ: الاسترداد والإعادة إلى يده بغير أمره صريحاً، فإن استرد الآمر العبد، ثم أحضر المشتري الثمن، فالآمر يدفع العبد إلى المأمور، ويأمره بدفعه إلى المشتري، فيدفع المأمور العبد إلى المشتري، ويأخذ الثمن؛ لأن الوكيل هو العاقد، وحقوق العقد ترجع إلى العاقد، وإن لم يسترد الآمر العبد من المشتري حتى مات في يد المشتري، فلا ضمان للآمر على المأمور، ولا على المشتري، أما على المأمور أما ضمان القيمة فلما قلنا: إنه قبض العبد وله حق القبض والتسليم إلى المشتري، وأما ضمان الثمن فلأنه ما جرى بين الوكيل وبين الآمر عقد، وأما على المشتري أما ضمان الثمن فلأنه لم يجر بين الآمر وبين المشتري عقد، وأما ضمان القيمة[1] فلأن العبد مضمون على المشتري بالثمن حتى يأخذ المأمور الثمن من المشتري، ويدفعه إلى الآمر، وإذا كان مضموناً عليه بالثمن، كيف يكون مضموناً عليه بالقيمة؟

١٦١٤٢ - ولو أمره بالبيع ونهاه عن قبضه، فقبضه قبل البيع، فهلك في يده قبل أن يبيعه، فهو ضامن لقيمته؛ لأن النهي عن قبضه قبل البيع صحيح؛ لأن القبض إنما يصير حقاً للمأمور ليتخلص عن عهدة وجوب التسليم، وذلك لا يكون قبل البيع، فإذا صح النهي صار بالقبض غاصباً، فصار ضامناً للقيمة، وإن لم يمت العبد حتى باعه كان بيعه جائزاً، وإن كان العبد مضموناً عليه لعدم التنافي بين الغصب والوكالة، ألا ترى أن من وكل الغاصب ببيع المغصوب جاز، وإن لم يصر أميناً؟ كذا هنا، ثم ذكر في بعض النسخ لو مات العبد في يد الوكيل في هذا الوجه ضمن الوكيل القيمة، وانتقض البيع إن لم يرد المشتري القيمة، هكذا ذكر في بعض النسخ، وهذا إشارة إلى أن البيع باقٍ، والخيار ثابت للمشتري؛ لأن المعقود عليه فات[2] وأخلف عوضاً، وهو القيمة على

(١) هكذا في ظ وف وكذا في الأصل، وم: القبض.

(٢) في ف وم: مات.

البائع، فيبقى العقد ببقاء الخلف، ويثبت الخيار لتغير المعقود عليه قبل القبض، كما لو غصب أجنبي منه هذا العبد بعد البيع قبل التسليم إلى المشتري، وذكر في بعض النسخ: أن العقد ينتقض، وإن أراد المشتري القيمة، وهو الأصح.

ووجه ذلك: وهو أنه تعذر إبقاء العقد ههنا على القيمة؛ لأنه لو بقي إما أن يبقى على الآمر أو على المأمور، لا وجه إلى الأول؛ لأن المأمور كان ضمن القيمة فملكه من وقت القبض والبيع منه كان بعد ذلك، فيظهر أنه باع ملك نفسه، لا ملك الآمر، فلا يمكن إبقاؤه على الآمر، ولا وجه إلى الثاني؛ لأنه إنما باع العبد على تقدير أنه بيع ملك الآمر، فإذا ظهر أنه ملكه لم يوجد منه الرضا بالبيع، فتعذر إبقاء هذا البيع على كل واحد منهما، فانتقض بخلاف ما لو غصب منه أجنبي بعد البيع؛ لأن الغاصب متى ضمن فملكه من حين الغصب، والبيع من الوكيل كان قبل ذلك، فلا يتبين أن الغاصب باع مال نفسه، فأمكن إبقاؤه على الآمر، أما ههنا بخلافه، ولو لم يمت حتى سلمه إلى المشتري فمات في يده لم يضمن البائع القيمة، وإن صار البائع غاصباً بالقبض قبل البيع؛ لأن الأمر بالبيع بعد الغصب باق، والغاصب إذا باع المغصوب بأمر المغصوب منه، وسلم إلى المشتري، يبرأ عن ضمان الغصب، وهل يضمن الوكيل الثمن للآمر؟ كان على الخلاف على قياس قول أبي حنيفة ومحمد: لا يضمن، بل يأخذ الثمن من المشتري، ويدفع إلى الآمر، وعلى قياس قول أبي يوسف: يضمن، ويرجع به على المشتري؛ لأن نهي الآمر الوكيل عن القبض حتى يستوفي الثمن نهي عن التسليم حتى يستوفي الثمن، ولو نهاه عن التسليم كان على هذا الاختلاف، كذا ههنا، ولا ضمان للآمر على المشتري لما مر قبل هذا.

١٦٦٤٣ - ولو لم يمت العبد في يد المشتري حتى حضر الآمر، وأخذه من المشتري، ثم أخذه البائع من منزل الآمر، ليدفعه إلى المشتري قبل نقد الثمن، فمات في يد الوكيل قبل أن يدفعه إلى المشتري، لا ضمان على الوكيل؛ لأنه قبض العبد من يد الآمر بعد البيع، ولا يضمن؛ لأن بعد البيع قبض، وله حق القبض، وتنتقض البيع؛ لأن قبض المشتري بالاسترداد انتقض من الأصل، وصار كأن لم يكن، وقد فات البيع لا إلى خلف، وفوات المبيع لا إلى خلف قبل القبض يوجب انتقاض البيع.

١٦١٤٤ - رجل أمر رجلاً بأن يبيع عبده ونهاه عن قبض الثمن إلا ببينة، أو إلا بمحضر فلان، لا يصح نهيه حتى كان له أن يقبض الثمن من غير محضر فلان، ومن غير بينة، ولو دفع الآمر العبد بنفسه ووكله بقبض الثمن ثم نهاه عن القبض إلا بمحضر شهود صح نهيه.

والفرق: وهو أن في الوكيل بالبيع النهي لا في حق الوكيل؛ لأن قبض الثمن حق الوكيل؛ لأنه من حقوق العقد. والوكيل بالبيع في حق الحقوق بمنزلة المالك، ولهذا كان للوكيل بالبيع أن يقبض الثمن من المشتري بعد موت الموكل، ولو جن الموكل جنوناً مطبقاً لا ينعزل الوكيل، فالنهي مطلقاً كان أو مقيداً لا في حق الوكيل، فلغا. فأما الوكيل بقبض الثمن، فهو نائب محض في حق قبض الثمن وليس بمالك، ولهذا لو مات الموكل، أو جن جنوناً مطبقاً ينعزل، فالنهي لاقى حق الموكل، فصح بخلاف ما تقدم.

ولو نهاه عن البيع إلا بحضرة شاهدين أو إلا بمحضر فلان، فباعه من غير محضر فلان، أو من غير محضر شاهدين، لم يجز البيع؛ لأنه في حق نفس البيع وكيل عن الآمر، وليس بمنزلة المالك من كل وجه بدليل أنه لو مات الموكل، أو جن جنوناً مطبقاً ينعزل، فالنهي لاقى حق الموكل، فيصح، وقد ذكرنا جنس هذه المسألة في فصل التوكيل بقضاء الدين.

وبما يتصل بهذا النوع:

١٦١٤٥ - إذا دفع إلى رجل ثوباً هروياً يبيعه وهما بالكوفة، فباعه في أسواق الكوفة باعه جاز، ولو نقله إلى البصرة، القياس أن لا يصير مخالفاً حتى لو هلك هناك لا يضمن، وفي الاستحسان: يصير مخالفاً حتى لو هلك هناك يضمن، ولو لم يهلك حتى باعه بالبصرة، ذكر في وكالة الأصل: أنه لا يجوز بيعه على الآمر، وذكر في كتاب الصرف في رواية أبي سليمان: أنه يجوز، وفي النوادر: أن على قول أبي حنيفة: لا يجوز على الآمر، وعلى قول أبي يوسف يجوز.

قيل: ما ذكر في كتاب الصرف جواب القياس، وهو قول أبي يوسف، وما ذكر في كتاب الوكالة جواب الاستحسان، وهو قول أبي حنيفة، فلما لم يضمن في القياس،

يجوز بيعه على الآمر، ولا يضمن في الاستحسان، لا يجوز بيعه على الآمر، وقيل في المسألة روايتان، وإليه مال شيخ الإسلام، وإن كان قيد الأمر بالكوفة، بأن قال: بعه بالكوفة، فنقله إلى البصرة، ضمن قياساً واستحساناً، وإذا باع بالبصرة عامة المشايخ على أنه لا يجوز بيعه على الآمر، قال شيخ الإسلام: يجب أن تكون المسألة على روايتين.

وفي «فتاوى الأصل»: إذا وكل الرجل رجلاً ببيع شيء بعينه، إن كان ذلك الشيء مما له حمل ومؤنة، فهو على البلد الذي الوكيل والموكل فيه، حتى لو أخرجه الوكيل من تلك البلدة، وضاع ضمن، وإن لم يكن له حمل ومؤنة لا يضمن.

نوع آخر

في الوكيل بالبيع يمتنع عن أخذ الثمن وتسليمه

١٦٦٤٦- الوكيل لا يطالب بالثمن؛ لأن الثمن ليس عليه، ولا يجبر على التقاضي والاستيفاء؛ لأنه متبرع فيما يعمل من البيع، والمتبرع لا يجبر على التسليم ما تبرع به، فإن تقاضى، وأخذ فبها، وإلا يقال له: أحل الموكل على المشتري، أو وكله بالتقاضي، فإن قال الوكيل بالبيع: أنا أتقاضى، وقال الموكل: أنا أتقاضى، فالتقاضي إلى الوكيل، ولا يجبر الوكيل على أن يحيل الموكل على المشتري.

ثم ما ذكرنا أن الوكيل بالبيع لا يجبر على استيفاء الثمن، فذلك فيما إذا كان وكيلاً بغير أجر، فأما إذا كان وكيلاً بأجر، نحو السمسار والدلال والبياع، يجبر على استيفاء الثمن، وقد ذكره الصدر الشهيد في «واقعات» الجامع الصغير، قال مشايخنا: السمسار والبياع اعتبر وكيلاً من جهة البائع، فإن الناس يحملون الأشياء إليهم ليبيعا لهم، وفي بلدنا السمسار والبياع اعتبر وكيل المشتري، فإنه يعرض الأشياء على المشتري، ويبعث إليه، وقلّ ما يحضر المشتري عادة، وبهذا جرت العادة فيما بين الناس أن السمسرة والبياعة على البائع، والشكرانة على المشتري.

نوع آخر
في ضمان الوكيل الثمن للموكل ونقده الثمن من غير ضمان وصلحه عن الثمن مع الآمر وإحالته الآمر على المشتري بالثمن:

١٦١٤٧ - قال محمد في "الجامع": رجل وكل رجلا بأن يبيع عبدا له، فباعه ودفع العبد إلى المشتري، ولم يقبض الثمن، ثم إن الوكيل ضمن للموكل الثمن عن المشتري، فالضمان باطل حتى لا يكون للموكل أن يطالب الوكيل بالثمن؛ لأن الكفالة ضم ذمة الكفيل إلى ذمة الأصيل في تحمل ما على الأصيل من المطالبة، وليس للموكل حق مطالبة المشتري بالثمن ليتحملها الكفيل عنه، وإنما المطالبة على المشتري للوكيل، فيصير ضمانه عن نفسه، وضمان الإنسان لنفسه باطل بخلاف الوكيل بقبض الثمن إذا كفل للموكل عن المشتري الثمن الذي وكله بقبضه حيث يجوز؛ لأن هناك المطالبة ثابتة للموكل، فكان هو متحملا عن الغير للغير.

وكذلك لو أن الآمر احتال بالثمن على الوكيل كان باطلا؛ لأن الحوالة لنقل المطالبة، فإذا لم يكن للموكل على المشتري المطالبة كيف يصح النقل إلى الوكيل.

ولو لم يكن شيء من ذلك، ولكن الوكيل صالح الآمر عن الثمن الذي على المشتري على عبد الوكيل بعينه، أو قضى الوكيل الثمن عن المشتري، كان ذلك جائزا، ويبرأ المشتري، ويصير العبد للموكل؛ لأن الصلح عن الدين قضاء للدين حكمًا، وإن وقع على خلاف جنس الحق؛ لأن موضوع الصلح على التجوز بدون الحق، والتجوز بدون الحق إنما يتحقق باقتضاء البعض وإبراء البعض، ولهذا إذا وقع الصلح على خلاف جنس الحق، ثم تصادقا على أنه لا دين يبطل الصلح اعتبارًا للقضاء الحكمي بالقضاء الحقيقي، وإذا كان هكذا صار بمنزلة ما لو قضى الوكيل الثمن عن المشتري، وذلك جائز؛ لأن قضاء دين الغير جائز.

فإن قيل: ينبغي أن لا يصح القضاء من الوكيل لا الحقيقي ولا الحكمي؛ لأن الوكيل بمنزلة المالك للثمن في حق الحقوق، والمالك إذا تبرع على نفسه بقضاء الدين عن غريمه لا يصح؛ لأنه يؤدي إلى أن يصير قاضيًا ومقتضيًا في وقت واحد، كذا هنا.

وأما الفرق بين البيع والقضاء، وهو أنه متى لم يشترط أن يكون الثمن له، كان هذا قضاء عريًا عن الشرط، فكان صحيحًا، ومتى شرط أن يكون الثمن له، فقد شرط فيه تمليك الدين من غير من عليه الدين، وأنه شرط فاسد، والقضاء مما يبطل بالشروط الفاسدة.

ولو لم يكن الشيء من ذلك، ولكن الوكيل أحال الموكل على المشتري بذلك الثمن، ورضي به المشتري صح، وكان هذا وكالة لا حوالة؛ لأن تجويز هذا التصرف بطريق الحوالة متعذر؛ لأنه لا دين للآمر على الوكيل حتى يحتمله الوكيل بذلك على المشتري وتجويزها بطريق الوكالة ممكن؛ لأن حق قبض الثمن الذي على المشتري للوكيل، فالوكيل بهذا التصرف يأمر الموكل بقبض الثمن من المشتري، والوكيل إذا وكل الآمر بقبض الثمن جاز، وصار الموكل وكيل وكيله، وأنه جائز، وإذا كان هذا توكيلاً، فإن طلب الآمر المشتري بالثمن، أجبر المشتري على أدائه إليه، وإن طالبه الوكيل أجبر على أدائه أيضًا؛ لأن التوكيل بالقبض لا يقطع حق الوكيل عن القبض بنفسه، وإن نهى الوكيل المشتري عن الدفع إلى الآمر، صح نهيه أيضًا حتى لا يجب على المشتري الدفع إلى الآمر؛ لأن وجوب الدفع إلى الآمر كان بحكم الوكالة، فإذا نهى المشتري عن الدفع إليه، وذلك يقتضي عزل الوكيل، لم يبق وكيلاً، فلهذا لا يجب الدفع إليه.

نوع آخر

في إقرار الوكيل بالبيع على موكله بما يوجب براءة المشتري وفي إقرار الموكل على الوكيل بما يوجب براءة المشتري:

١٦١٤٨ - الأصل في هذا النوع: أن الوكيل بالبيع متى أقر على موكله بما يوجب براءة المشتري عن الثمن، وكذبه الموكل في ذلك، ينظر إن كان ما أقر به الوكيل على الموكل شيئًا لو أقر به الوكيل بذلك على نفسه، صح إقراره، وبرئ المشتري عن الثمن، ولم يضمن للموكل شيئًا، فإذا أقر على موكله كان كذلك، وإن كان ما أقر به على الموكل شيئًا لو أقر به الوكيل على نفسه، صح إقراره، وبرئ المشتري عن الثمن عند أبي حنيفة ومحمد، ويضمن للآمر مثل ذلك، وعند أبي يوسف لا يبرأ المشتري، وإذا أقر

على موكله، كان كذلك. وإذا صح إقرار الوكيل على موكله تقع البراءة للمشتري بإقراره بما يملك على نفسه؛ لأن الوكيل أقر بما يملكه بنفسه مضافًا إلى غيره، وإقرار الإنسان بما يملكه مضافًا إلى غيره، وذلك الغير مالك له بمنزلة إقراره بذلك على نفسه، ألا ترى أن من اشترى عبدًا، فأقر أن البائع كان أعتقه قبل البيع، كان بمنزلة ما لو أقر على نفسه أنه أعتقه للحال، كذا ههنا.

١٦١٤٩ - قال محمد: رجل وكّل رجلًا بأن يبيع عبده بألف درهم، فباعه وسلمه إلى المشتري، ثم أقر البائع أن الآمر قد قبض الثمن، وجحد الآمر، فالمشتري بريء عن الثمن عندهم؛ لأنه أقر أن الموكل استوفى الثمن، ولو أقر الوكيل أنه استوفى الثمن بنفسه، برئ المشتري عن الثمن، كذا ههنا. ثم يحلف الوكيل بالله لقد قبض الآمر الثمن؛ لأن الوكيل أمين في حق الثمن، فإذا أقر أن الموكل استوفى الثمن، فقد أقر الأمين أن صاحب الأمانة قبض الأمانة، وأنكر صاحب الأمانة ذلك، فيكون القول قول الأمين مع اليمين كالمودع إذا قال لصاحب الوديعة: قبضت الوديعة مني، فأنكر صاحب الوديعة، وهناك كان القول قول المودع مع اليمين، كذا ههنا.

ثم إذا حلف الوكيل، فإنما يحلف على البتات بالله لقد قبض الآمر الثمن، وإن كان هذا تحليفًا على فعل الغير؛ لأن التحليف على فعل الغير إنما يكون على العلم إذا قال الذي استحلف: لا علم لي بذلك، وهنا الوكيل يقول: قبض الموكل، فكان له علمٌ بذلك، فيحلف على البتات كالمودع إذا قال: قبض صاحب الوديعة الوديعة، فإن حلف بريء، وإن نكل ضمن الثمن للآمر؛ لأن الآمر صار محرومًا عن قبض الثمن بإقراره فيضمن ضمانه.

١٦١٥٠ - ولو أقر الوكيل أن الآمر استقرض ألفًا من المشتري، أو اغتصب منه ألفًا قبل الشراء، برئ المشتري من الثمن، وضمن الوكيل الثمن للآمر في قياس قول أبي حنيفة ومحمد، وفي قياس قول أبي يوسف: لا يبرأ المشتري عن الثمن؛ لأن الوكيل لو أقر على نفسه بالاستقراض والغصب قبل البيع، كانت المسألة على الاختلاف؛ لأن الثمن لا يصير قصاصًا بالدين الأول، ويضمن مثل ذلك للآمر من ماله على الاختلاف؛ لأنه أقر أنه قضى دينه من ثمن هو مال الموكل؛ لأن الثمن وجب آخرًا، وصاحب الحق

الدينين عند المقاصة ، يكون قاضياً لا مقتضياً ، فصار في حق الثمن سقوطاً بلا استيفاء ، فينزل منزلة دعوى الإبراء ، فصار الإقرار بهذا ، والإقرار أنه أبرأ المشتري عن الثمن سواء ، ولو أقر أنه أبرأ المشتري عن الثمن ، كان براءة عن الثمن ، وضمان مثل ذلك للآمر على الاختلاف ، فكذا إذا أقر بهذا .

وإذا عرفت هذا فيما إذا أقر الوكيل بالغصب والاستقراض على نفسه قبل الشراء ، فكذا إذا أقر على موكله بذلك لما قلنا ، ثم يحلف الموكل هنا عند أبي حنيفة ومحمد ؛ لأن الضمان قد لحق الوكيل وهو بالتحليف يريد طلب النكول ليبرأ عما وجب عليه من الضمان ، فوجب تحليفه ، فإن أبى ، برئ الوكيل ، وإن حلف ضمنه الوكيل .

١٦١٥١ - ولو أقر أن الآمر اغتصب من المشتري ، أو استقرض منه ألف درهم بعد الشراء ، كان القول قوله مع يمينه ؛ لأنه لو أقر بذلك على نفسه بعد البيع ، كان القول قوله ؛ لأن هذا إقرار بالاقتضاء ؛ لأن آخر الدينين هنا دين الغصب والاستقراض ، فيصير الوكيل مقتضياً[1] الثمن بالمغصوب والمستقرض والوكيل مسلط على الاقتضاء[2] من جهة الموكل ، ومن أخبر عن فعل هو مسلط عليه ، كان القول قوله ، فإذا ثبت هذا فيما إذا أقر على نفسه ، فكذا فيما إذا أقر على موكله بذلك ، لما قلنا .

١٦١٥٢ - ولو أقر الوكيل أن الموكل جرح المشتري بعد الشراء ، أو قبله جراحة أرشها ألف حال يريد به إذا كان عمداً حتى يكون الأرش في ماله ، ويكون حالاً ، فهو كالإقرار بالإبراء ، سواء أقر أنه جرحه قبل البيع أو بعد وقوع البيع ، فيكون على الاختلاف الذي قلنا فيما إذا أقر على موكله بالإبراء ، وإنما ذكر الحلول باعتبار أن المؤجل لا يصير قصاصاً بالحال ، وذكر العمد باعتبار أن موجب الخطأ في مال العاقلة ، لا في مال الموكل ، فلا يصير قصاصاً بما للموكل على المشتري من الثمن لاختلاف من عليه ، وإنما جُعل هذا بمنزلة الإقرار بالإبراء ، أما إذا أقر بالجراحة قبل البيع فلأن آخر الدينين هنا ثمن المبيع ، فصار ثمن المبيع قضاء الأرش قضاء في حق الثمن سقوطاً بلا استيفاء ، فيكون بمنزلة الإقرار على موكله بإبراء المشتري ، فيكون على الاختلاف الذي مر ، وأما

(١) وفي م : مقضياً .

(٢) وفي م : الانقضاء .

إذا أقر أنه جرحه بعد البيع، فكذلك، فرق بين هذا وبينما إذا أقر على موكله بالغصب والاستقراض بعد الشراء.

والفرق وهو أن في فصل الغصب أقر ببراءة المشتري بسبب اقتضاء الثمن، فإنه[1] وجد من الغاصب ومن المستقرض اقتضاء الثمن، وهو قبض عين مضمون من جنس الثمن بعد البيع، فصار مستوفيًا للثمن ثم المقاصة تثبت حكمًا لهذا، فلم يصر مقرًا بالإبراء، بل صار مقرًا بالاقتضاء، وفي الإقرار بالاقتضاء القول قوله مع يمينه، كذا ههنا، أما في باب الجراحة الجارح بالجرح لا يصير قابضًا إلا مضمونًا ليصير الإقرار به إقرارًا باستيفاء الثمن، ولكن تقع البراءة حكمًا للمقاصة التي تقع بين الثمن وبين أرش الجراحة، فصار في حق الثمن مشروطًا بلا استيفاء، فنزل منزلة الإبراء، فصار الإقرار به بمنزلة الإقرار بالإقرار، فيكون على الاختلاف.

وكذلك لو كان المشتري امرأة، فأقر الوكيل أن الموكل تزوجها على ألف مثل الثمن، ودخل بها، وأقرت المرأة بذلك، وأنكر الآمر، كان الجواب فيه كالجواب في فصل الجراحة؛ لأن الوكيل لو أقر على نفسه بذلك كان الجواب فيه كالجواب في فصل الجراحة، لأنه أقر ببراءة المشتري لا بطريق الاستيفاء، إذ الاستيفاء قبض مال[2] مضمون من جنس الثمن بعد البيع، ولم يوجد، فكان هذا بمنزلة الإقرار بالإبراء، إذا ثبت هذا فيما إذا أقر الوكيل على نفسه، فكذا إذا أقر بذلك على موكله.

١٦١٥٣ - وكذلك لو أقر الوكيل أن الآمر استأجر المشتري بمال هو مثل الثمن، وأوفاه المشتري عمله حتى صار الثمن قصاصًا بالأجر، كان الجواب فيه كالجواب في فصل الجراحة كاملة: من المعنى. وكذا لو أقر الوكيل على الآمر أنه اشترى مائة دينار من المشتري بالثمن، وأنه قبض الدنانير، كان الجواب فيه كالجواب في فصل الإجارة؛ لأنه لو أقر بذلك على نفسه أنه فعل قبل البيع، أو بعد البيع كانت المسألة على الاختلاف، لأنه أقر ببراءة المشتري، لا بطريق الاستيفاء؛ لأن الدنانير ليست من جنس الدراهم، حتى يكون الإقرار بقبض الدنانير إقرارًا بالاستيفاء، وإنما يحصل الاستيفاء بالمقاصة التي

---

(١) هكذا في ظ رف، وكان في الأصل وم: بأنه.

(٢) وفي ف: قبض عين مال.

فحصل بثمن الدنانير ، فكان هذا إقرارًا بما يوجب البراءة ، لا إقرارًا بالاستيفاء ، فصار كأن الوكيل أقر بالإبراء ، وهناك كانت المسألة على الاختلاف المعروف ، كذا ههنا .

١٦١٥٤ - قال محمد في «الجامع» : جارية بين رجلين ، وكّل أحدهما صاحبه ببيعها : فباعها بألف درهم ، فأقر الشريك الآمر أن البائع قد قبض الثمن من المشتري ، وادّعاه المشتري ، وأنكر البائع ذلك ، فقد برئ المشتري من حصة الآمر المقر ، أما لا يبرأ عن النصف الذي هو حصة البائع ، وإنما كان كذلك لأن الآمر ملك إبراء المشتري عن النصف الذي له ، ويملك قبضه على معنى أنه لو قبضه صح ، والذي أضيف إليه القبض يملك ذلك أيضًا ، فيصدق فيما هو حقه ؛ لأنه من ذلك الوجه إقرار على نفسه ، فأما النصف الآخر فالمأمور إن كان يملك قبضه وإبراء المشتري عنه ؛ لأنه حقه ، فالآمر لا يملك قبضه ، ولا إبراء المشتري عن ذلك ، فلا يصدق المقر في ذلك ، فاعتبر حال المضاف إليه وحال المضيف في مثل هذه التصرفات ؛ فقيل من أقر بأمر مضاف إلى غيره ، والمضاف إليه لا يملكه ، لا يصح ، وإن ملكه المقر ، ومن أقر بأمر مضاف إلى غيره والمضاف إليه يملك لا يصح أيضًا ، احترازًا عن تعدي التصرف إلى غير محل الولاية ، ومن أقر بأمر يملكه المضاف إليه والمضيف جميعًا يصح إقراره ، وينفذ على المضيف

وعن هذا قلنا : إن الصبي المأذون أو العبد المأذون إذا اشترى عبدًا من حر ، ثم أقر أن الحر كان أعتقه لم يصح إقراره ، وإن كان المضاف إليه مالكًا للإعتاق ، ولكن لما لم يملك المقر ذلك ، لم يصح إقراره ، والحر إذا اشترى من الصبي المأذون والعبد المأذون عبدًا ، وأقر أن الصبي أو العبد ، كان أعتقه لم يصح أيضًا ، وإن كان المقر مالكًا للإعتاق ، ولكن لما لم يملك المضاف إليه ذلك لم يصح إقراره ، والحر إذا اشترى من الحر عبدًا ، وأقر أن البائع كان أعتقه يصح إقراره ، وينفذ العتق على المقر ، وهو المشتري ؛ لأن كل واحد منهما مالك لذلك ، فصح ونفذ على المضيف .

إذا ثبت هذا ، فنقول : في مسألتنا في النصف الذي هو حصة المأمور الآمر لا يملك قبضه ، ولا إبراء المشتري عن ذلك ، فلم يصح إقراره فيه ، ويبقى نصف الثمن للمأمور ليستوفيه المأمور ، ولا يشاركه الآمر في هذا النصف ؛ لأن في زعم الآمر أن المأمور قد كان قبض جميع الثمن ، ولم يبق على المشتري شيء ، وأن ما(١) أخذه المأمور من المشتري

---

(١) هكذا في ط ، ف ، م ، وكان في الأصل : «وأنما» .

في هذه الحالة مقصور في يده، فلا يكون له حق المشاركة فيه، ثم يحلف الآمر المقر المأمور بالله ما قبض ما ادعاه الآمر؛ لأن الآمر يدعي أنه قبض الثمن منه، ولزمه تسليم حصته إليه، وهذا معنى لو أقر به المأمور لزمه، فإذا أنكر وجب تحليفه، فإن حلف، فلا شيء عليه، وإن نكل لزمه تسليم نصيب الآمر[1]، وإن كان المأمور هو الذي أقر على الآمر أن الآمر قبض الثمن من المشتري، وصدقه المشتري، وأنكر الآمر، فالمشتري برئ من نصف الثمن أيضاً؛ لأن المقر يملك قبض الكل، وقد أضافه إلى من لا يملك إلا قبض النصف، فصح من ذلك قدر ما يملكه المضيف[2]، وهو النصف وبطل ما يملكه المضاف إليه، وهو النصف ويأخذ البائع عن المشتري ذلك النصف، فلا يسلم له، بل يشاركه الآمر فيه، بخلاف المسألة الأولى.

والفرق: أن في المسألة الأولى الآمر أقر أنه لا شركة له في هذا النصف لكونه مقصوراً في زعمه على ما مر، أما في هذه المسألة الآمر أقر أن البائع قبض النصف الباقي من الثمن بحق؛ لأن في زعمه أن الثمن الذي كان مشتركاً بيننا بقي على المشتري والمأمور، وهو البائع يدعي أن الآمر قبض نصيبه وغير[3] نصيبه بالقبض، فكان البائع مدعياً تخليص نصف الباقي لنفسه، وفيه إبطال حق الآمر في المشاركة، فلا يصدق على ذلك.

ثم قال في بعض روايات هذا الكتاب: ويستحلف شريكه بالله لقد قبض ما ادعى، ومراده من هذا وجوب اليمين على البائع، وهو المأمور، يعني للشريك الآمر أن يحلف المأمور بالله لقد قبضت من المشتري ما ادعيت؛ لأن البائع في نصف الثمن الذي حصة الآمر كان أميناً، فإذا قال الآمر: إنك قبضت حصتك من المشتري، كان هذا بمنزلة مودع قال لصاحب الوديعة: قبضت الوديعة، وأنكر صاحب الوديعة، وهناك يجب اليمين على المودع، لا على صاحب الوديعة، كذا هنا، فإذا حلف المأمور، فإن حلف، برئ عن دعوى الآمر، وكان ما قبض بينهما، وإن نكل عن اليمين صار مقراً أن شريكه لم يقبض شيئاً من الثمن، وأن نصيبه إنما توى بإقراره السابق، فصار مستهلكاً

(١) هكذا في ظ، وفي م: "الآخر"، وفي الأصل: "الأجر".

(٢) هكذا في ظ، وكذا في الأصل وب: "المضمان"، وفي م: "الضمان".

(٣) هكذا في الأصل وب وم، وكان في ظ: "عين".

على الآمر ما بقي من حقه، وهو ربع الثمن، فيغرم ذلك.

وفي بعض روايات هذا الكتاب قال: ويستحلف شريكه بالله ما قبض ما يدعيه لشريكه، ومراده من هذه وجوب اليمين على الآمر، يعني للمأمور أن يحلف الشريك الآمر بالله ما قبضت الثمن ولا شيئًا منه؛ لأن المأمور يدعي أن نصيب الآمر وصل إليه، وأن الباقي خالص للمأمور، وهذا معنى لو أقر به الآمر لزمه، فإذا أنكر، يستحلف رجاء النكول، فإن حلف كان الباقي بينهما، وإن نكل كان الباقي للمأمور خاصة. وفي بعض روايات هذا الكتاب: يحلف كل واحد منهما على دعوى صاحبه، وهذا هو الصحيح؛ لأن كل واحد منهما يدعي على صاحبه معنى لو أقر به لزمه على الوجه الذي مرّ، فإذا أنكر، يستحلف.

وكذلك لو أمر رجل غيره ببيع عبد له، فباع وأقر الوكيل أن الموكل قبض وصدقه المشتري، وأنكر الموكل، فالمشتري يبرأ عن الثمن؛ لأن الوكيل يملك قبض جميع الثمن، وقد أقر بقبضه مضافًا إلى من يجوز قبضه في جميع الثمن، فصح إقراره في الكل على الآمر، وللموكل أن يستحلف الوكيل؛ لأن الوكيل كان أمينًا في الثمن، وقد أقر بقبض صاحب الأمانة ذلك، فيكون عليه اليمين؛ فإن حلف لا شيء عليه، وإن نكل لزمه؛ لأنه استهلكه بإقراره -والله أعلم-.

نوع آخر

في إبراء الوكيل المشتري عن الثمن، وفي هبة الثمن منه وفي وقوع المقاصة بين الثمن وبين دين الوكيل أو الموكل، وفي إقالة البيع مع المشتري:

١٦١٥٥- قال محمد: الوكيل بالبيع إذا أخر الثمن عن المشتري، أو أبرأه منه، أو قبل الحوالة أو اقتضى[1] الزيوف وتجوز به، جاز، وضمن الثمن للآمر، وهو قول أبي حنيفة، وقال أبو يوسف: لا تجوز هذه التصرفات من الوكيل، وأجمعوا على أن الثمن إذا كان عينًا، فوهبه الوكيل من المشتري أنه لا يصح، وكذلك لو كان الثمن دينًا، فقبضه الوكيل، ثم وهبه من المشتري لا يصح بالإجماع.

(١) وفي م: "القبض".

١٦١٥٦ - وإذا أقال الوكيل البيع مع المشتري، صحت الإقالة، وسقط الثمن عن المشتري عند أبي حنيفة ومحمد؛ لأن عندهما الوكيل يملك إسقاط الثمن عن المشتري بالإبراء فيملك بالإقالة، ولكن إنما ينفذ الإقالة في حق الوكيل والمشتري، لا في حق الموكل، حتى لا يعود المبيع إلى ملك الموكل، وعلى قول أبي يوسف: لا يسقط الثمن عن المشتري بالإقالة؛ لأن على قوله: الوكيل لا يملك إسقاط الثمن عن المشتري بالإبراء، فكذا لا يملك الإسقاط بالإقالة، غير أن الإقالة تصح بيعاً، فيصير الوكيل مشترياً المبيع من المشتري لنفسه، فيبقى الثمن للموكل في ذمة المشتري، ويجب للمشتري في ذمة الوكيل مثله.

١٦١٥٧ - وإذا دفع الرجل إلى رجل جارية، وأمره أن يبيعها، فباعها المأمور من رجل له على الآمر دين ألف درهم، وسلم الجارية إليه، فالبيع جائز، ويصير الثمن قصاصاً عندهم جميعاً، وكان ينبغي أن لا يجوز البيع؛ لأنه خالف أمر الآمر؛ لأنه أمره ببيع يصل الثمن إليه، وهذا البيع لا يصل الثمن إليه، قلنا: إن لم يصل الثمن إليه بعد البيع، وصل إليه قبل البيع، ويصير الثمن قصاصاً بدين الآمر عندهم جميعاً؛ لأن الآمر يملك إبراء المشتري من الثمن بغير عوض عندهم، فيملك الإبراء بعوض بطريق المقاصة من طريق الأولى.

وإن كان الوكيل باعه من رجل له على الوكيل دين ألف درهم، فإن الثمن يصير قصاصاً بدين الوكيل عند أبي حنيفة ومحمد، خلافاً لأبي يوسف؛ لأن عندهما الوكيل بالبيع يملك إبراء المشتري عن الثمن بغير عوض، فيملك الإبراء بعوض بطريق المقاصة. وعند أبي يوسف: لا يملك الإبراء عن الثمن بغير عوض، كأنه أجنبي، فكذا لا يملك الإبراء بعوض.

وإن كان الوكيل باعه من رجل له على المأمور، وعلى الآمر دين، صار الثمن قصاصاً بدين الآمر، ولا يصير قصاصاً بدين المأمور حتى لا يرجع الآمر على المأمور بشيء من الثمن، وهذا لأن المقاصة إبراء بعوض، فيعتبر بالإبراء بغير عوض.

ولو أبرأ المشتري عن الثمن بغير عوض، يخرج الكلام فيه على ما مر، فإن المشتري يبرأ ببراءة الآمر، ولا يبرأ ببراءة المأمور، حتى لا يرجع على المأمور بشيء.

فكذا ههنا.

والفقه في ذلك أن القول بصيرورة الثمن قصاصاً بالدين كملاً متعذر؛ لأن ألف درهم لا يتصور أن تصير قصاصاً بألفي درهم؛ والقول بصيرورة نصف الثمن قصاصاً بدين الآمر، ونصفه قصاصاً بدين المأمور متعذر؛ لما فيه من الجمع بين الحقيقة والمجاز؛ لأن الثمن ملك المأمور حكماً، لا حقيقة، وملك الآمر حقيقة وحكماً، ولهذا جاز إبراء الوكيل المشتري عن الثمن قبل القبض وبعده، وإبراء الوكيل إن كان يصح قبل القبض لا يصح بعد القبض، وتجب الزكاة على الآمر دون المأمور، والحكمي من الحقيقي والحكمي بمنزلة المجاز من الحقيقة؛ لأن المجاز بعض الحقيقة، والجمع بين الحقيقة والمجاز متعذر، فلا بد من ترجيح أحد الدينين على الآخر، والترجيح لدين الموكل؛ لأنه مملوك له حقيقة. كتبت هذه الجملة من "شرح مأذون الكبير" لشيخ الإسلام في باب البيع الفاسد من العبد المأذون، وفي "نوادر ابن سماعة" عن أبي يوسف: أنه لا تقع المقاصة بين دين الوكيل وبين الثمن، إذ ليس للموكل ولاية مطالبة المشتري بالثمن، فيتأمل عند الفتوى.

١٦١٥٨ - وفي "المنتقى": رجل باع دار رجل، وأجاز المالك البيع، أو كان البائع وكيلاً في البيع، فقال المشتري: اشتريتها بألفين، وقال الوكيل: بعت بألف، فالمشتري يغرم ألفاً، والوكيل يغرم ألفاً في قول أبي حنيفة ومحمد، وقال أبو يوسف: على المشتري ألفان؛ لأنه لا يجيز صدق الوكيل، ولو أقر الوكيل قبل المشتري، فقال: بعتك بألف، وقال المشتري: اشتريت بألفين، فعلى المشتري ألف في قول أبي حنيفة.

نوع آخر

في الخيار في الوكالة

١٦١٥٩ - قال محمد في "الزيادات" في رجل أمر رجلاً أن يبيع عبده، وأمره أن يشترط الخيار للآمر ثلاثة أيام، فباعه ولم يشترط الخيار، لم يجز البيع؛ لأنه خالف أمر آمره إلى شر؛ لأنه أمره ببيع لا يلزمه، ولا يزيل[1] ملكه إلا برضاه، وقد أتى ببيع

---

(١) هكذا في الأصل وم، وكذا في ظ وف. «ولا»

يلزمه، ويزول ملكه بغير رضاه.

وفرّق أبو حنيفة وأبو يوسف بين هذا وبين المأمور بالبيع المطلق إذا باع بيعاً جائزاً؛ فإنه ينفذ على الآمر.

والفرق مرّ في كتاب البيوع من هذا الكتاب، فإن باعه وشرط الخيار للآمر، كما أمره نفذ تصرفه عليه؛ لأنه وافق أمره، ويثبت الخيار له وللآمر، قال: ولو كان الآمر أمره بالبيع مطلقاً، فباع وشرط الخيار للآمر، أو للأجنبي صح عملاً بإطلاق اللفظ، فإن مطلق اسم البيع كما يتناول البات يتناول البيع بشرط الخيار، وقد ذكرنا مسائل الخيار مع فروعها في طرف التوكيل بالبيع، وفي طرف التوكيل بالشراء في كتاب البيوع من هذا الكتاب.

وفي «نوادر هشام»: سألت محمداً عن رجل وكّل وكيلاً ببيع جارية، وقيمتها ألف درهم، فباعها بألف درهم، والوكيل بالخيار ثلاثاً، فزادت قيمتها، فصارت ألفي درهم، فليس له أن يمضي البيع، وقال أبو حنيفة: له ذلك؛ لأنه يجيز بيع الوكيل بما لا يتغابن الناس فيه.

وكذلك إذا كانت الجارية حاملاً، فولدت بعد البيع ولداً يساوي ألف درهم، وكذلك إذا أثمر النخيل، فالحاصل أن على قول محمد: لا يجوز للوكيل إمضاء العقد إلا إذا كانت قيمتها وقت الإمضاء ووقت البيع قريباً من الثمن مما يتغابن الناس فيه، وإن سكت الوكيل في هذه الصورة حتى مضت مدة الخيار، فالبيع باطل في قول أبي حنيفة، وفي قياس قول أبي يوسف البيع جائز.

١٦١٦٠ - ولو وكله بأن يشتري له غلاماً، فاشترى له غلاماً يساوي ألفاً بألف والوكيل بالخيار، ثم تراجعت قيمة الغلام إلى خمسمائة في مدة الخيار، فاختار الوكيل الغلام، لم يلزم الآمر. الوكيل بشراء عبد بغير عينه، إذا اشترى عبداً به عيب قد علمه الموكل، ولم يعلم به الوكيل، فللوكيل أن يرده بالعيب. ولو كان وكله بشراء عبد بعينه، وبه عيب قد علم به الموكل، ولم يعلم به الوكيل، فليس للوكيل أن يرده بالعيب.

١٦١٦١ - الوكيل بشراء عبد بغير عينه إذا اشترى عبداً قد رآه الموكل، ولم يره الوكيل، فللوكيل خيار الرؤية. ولو كان وكيلاً بشراء عبد بغير عينه، فاشترى عبداً قد

وكالته كذا، فليس للوكيل خيار رؤية، ولا للموكل. هذه الجملة من متفرقات شيخ الإسلام.

اشتراط الخيار في الوكالة باطل حتى لو قال لآخر: أنت وكيلي في طلاق امرأتي على أني بالخيار ثلاثة أيام، أو على أنها بالخيار ثلاثة أيام، فالوكالة جائزة، والشرط باطل؛ لأن شرط الخيار في الوكالة لا يفيد؛ لأن الخيار مشروط لإمكان الفسخ، وإمكان الفسخ ثابت للموكل من غير خيار، فلا معنى لاشتراطه - والله أعلم -

نوع آخر

في الوكيل بالبيع إذا باع بعض ما وكل ببيعه أو جميعه متفرقًا:

١٦١٦٢ - قال محمد: إذا وكل الرجل رجلا ببيع عدل زطي أو جراب هروي سماه له، فهذه المسألة لا تخلو من ثلاثة أوجه: إما أن يبيع ثوبًا ثوبًا حتى أتى على جميع العدل، أو يبيع العدل جملة، أو باع ثوبًا لا غير، فإن باع العدل جملة صفقة واحدة، إن باع بمثل قيمته، أو بأقل بحيث يتغابن الناس في مثله، فالمسألة على الاختلاف، وأما إذا باع ثوبًا يجوز في قولهم جميعًا، وإن باع بأقل من قيمته بحيث لا يتغابن الناس في مثله، فالمسألة على الاختلاف.

وأما إذا باع ثوبًا ثوبًا حتى أتى على جميع العدل إن كان ثمن ما باع بصفقات متفرقة يبلغ ثمن جميع العدل لو باع العدل جملة، أو أقل من ثمن الكل لو باع جملة بحيث يتغابن الناس في مثله، فإنه يجوز عندهم جميعًا، كما لو باع العدل جملة بأقل من قيمته بما يتغابن الناس في مثله. وأما إذا كان ثمن ما باع بصفقات متفرقة أقل من ثمن الكل لو باع جملة بحيث لا يتغابن الناس في مثله، لا شك أنه يجوز على قول أبي حنيفة، كما لو باع العدل بأقل من قيمته بحيث لا يتغابن الناس في مثله.

وأما على قولهما: فقد اختلف المشايخ فيه، قال بعضهم: بأنه لا يجوز؛ لأنه لما باع ثوبًا ثوبًا، ولم يبع جملة فقد فرق الصفقة على الموكل، وفيه ضرر؛ لأن المعروف بين التجار أنهم يضمون الجيد إلى الرديء حتى يبيعوا الكل بثمن الجيد، والوكيل بالبيع متى خالف الموكل ضررًا لا يتغابن الناس في مثله لا يجوز على قولهما، كما لو باع الكل

بأقل من قيمته بحيث لا يتغابن الناس في مثله ، ومنهم من يقول : يجوز على قولهما ، وذلك لأن هذا الضرر الذي لحق الموكل دخل تحت الأمر ؛ لأنه أمره ببيع العدل مطلقًا ، فيتناول بيعه جملة وعلى التفاريق ، وليس ههنا عرف يعيّن أحد الوجهين حتى يتقيد الأمر بأحدهما بالعرف ؛ لأنه في العرف كما يباع العدل جملة يباع ثوبًا ثوبًا على الانفراد ، وإذا لم يتعين أحَدُ الوجهين في العرف ، وقد حصل الوجهان تحت الأمر صار كأنه قال للوكيل : إن شئت فبعه جملة ، وإن شئت فبعه ثوبًا ثوبًا ، ولو صرّح بهذا إذا باع ثوبًا ثوبًا كل ثوب بقيمته ، أو بأقل بحيث يتغابن الناس في مثله ، فإنه يجوز وإن كان ثمن ما باع بصفقات متفرقة أقل من الكل بحيث لا يتغابن الناس في مثله لو باع جملة .

وأما إذا باع ثوبًا واحدًا ، ولم يبع الباقي ، ذكر أن على قول أبي حنيفة : يجوز ، سواء أضر بالباقي ضررًا لا يتغابن الناس في مثله ، أو يتغابن الناس في مثله ، وعلى قولهما : إن كان لا يضر بالباقي ، أو أضر بالباقي ضررًا يتغابن الناس في مثله ، بأن كان لا يدخل تحت تقويم المقومين يجوز ، وإن كان لا يتغابن الناس في مثل ذلك لا يجوز .

وهذا الذي ذكرنا في الثياب ، فأما إذا أمره ببيع مكيل أو موزون في وعاء واحد ، فباع البعض ولم يبع الباقي ، فإنه يجوز عندهم جميعًا ؛ لأن المكيل والموزون متى كان في وعاء واحد فبيع البعض لا يوجب نقصانًا بالباقي ؛ لأنه لا يصير بائعًا للجيد دون الرديء حتى يتحقق الضرر ، بخلاف الثياب - والله أعلم - .

١٦١٦٣ - قال محمد في "الجامع الصغير" عن أبي حنيفة في رجل أمر رجلا أن يبيع عبده ، فباع نصفه أو عشره جاز ، وقال أبو يوسف ومحمد : لا يجوز إلا أن يبيع الباقي قبل أن يختصما .

وفي "المنتقى" : قال أبو حنيفة : الوكيل إذا باع نصفه ، فبيعه موقوف على بيع النصف الآخر إن باع جاز ، وإلا لم يجز .

١٦١٦٤ - وفيه أيضًا : الوكيل ببيع جاريتين بألف إذا باع إحداهما بخمسمائة ، أو أقل أو أكثر لم يجز ، إلا أن يبيع الأخرى بتمام الألف ، أو أكثر في قول أبي حنيفة وأبي يوسف ، وقال زفر : إن باع إحداهما بحصتها يجوز .

١٦١٦٥ - وفي "نوادر هشام" : قال : سألت محمدًا وقلت : إن أمرت رجلا أن

بيع عبداً لي بألف درهم، فباع لي نصف العبد بألف درهم إلا درهماً، قال: لا يجوز.

وفي «المنتقى» عن محمد: رجل وكل رجلاً أن يبيع له عبداً بعينه بألف درهم، فباع نصفه بألف درهم، ثم باع النصف الآخر بمائة دينار، قال: جاز بيع النصف الأول، ولا يجوز بيع النصف الثاني، ولو باع العبد كله بألف درهم وبمائة دينار جاز.

نوع آخر

في الوكيل بالبيع يزيد في المبيع:

١٦١٦٦- بشر في «نوادره» عن أبي يوسف: رجل أمر رجلاً أن يبيع عبداً له بألف درهم، فباعه بألف درهم كما أمره، وقبض الثمن، ثم زاد في المبيع ثوباً، فالزيادة جائزة، ولا حصة للثوب من الثمن، فإن وجد المشتري بالثوب عيباً، فرده، كان على البائع حصته من الثمن في ماله، وإن لم يجد بالثوب عيباً، ولكن وجد بالعبد عيباً، فرده رده بحصته من الثمن، ويرجع الوكيل على الآمر بالألف كلها، ويكون له حصة ثوبه من الثمن، وإن باعه من غير أمره، وزاده ثوباً، وبلغ المولى البيع والزيادة، فأجاز ذلك، فإن الثمن بينهما على قيمة العبد والثوب، فإن لم يعلم، فالألف كلها لرب العبد -والله أعلم-.

نوع آخر

في الوكيل بالبيع يرد عليه بالعيب:

أكثر مسائل هذا النوع قد مر في كتاب البيوع من هذا الكتاب.

١٦١٦٧- قال محمد: رجل وكل رجلاً أن يبيع عبداً له، فباعه فوجد به المشتري عيباً قبل القبض، فرده على الوكيل، فقبل الوكيل، فإنه يلزم الموكل بخلاف ما لو وجد به عيباً بعد القبض فرده على الوكيل وقبله الوكيل حيث يلزم الوكيل.

والفرق: أنه لا عبرة لقبول الوكيل متى كان الرد بالعيب قبل القبض؛ لأن الراد ينفرد بالرد قبل القبض قبله البائع أو لم يقبله، فصار في معنى المجبور عليه، ولو كان

مجبوراً عليه صورة، فإنه يلزم موكله؛ لأنه هو الذي أدخله في العهدة، فكان عليه تخليصه عما لزمه من غير اختياره. وأما إذا كان الرد بعد القبض بالعيب، فالقول الوكيل غيره؛ لأن البراءة لا ينفرد بالرد، ولا ينفسخ العقد بدون قبول الوكيل، وهو مختار في القبول، فكان مختاراً في الفسخ، والفسخ متى حصل، والوكيل مختار فيه يلزم الوكيل، ولا يلزم الموكل؛ لأن الموكل وكله بالبيع، أما ما وكله بالفسخ، وكان بمنزلة ما لو أقال العقد مع المشتري، فإنه يلزمه؛ لأنه مختار في الإقالة، فلزمه دون الموكل، كذا هنا.

وصار الرد بالعيب قبل القبض نظير الرد بخيار الرؤية في القبض وبعده، فإن الوكيل بالبيع إذا باع ما وكل ببيعه من رجل لم يره، ثم رآه قبل القبض أو بعده، ورد بخيار الرؤية، وقبله الوكيل فإنه يلزم الموكل؛ لأنه لا عبرة لقبول الوكيل؛ لأن المشتري ينفرد بالرد بخيار الرؤية، كذا هنا.

الوكيل بالبيع إذا مات، ووجد المشتري بالمبيع عيباً رده على وارث الوكيل أو وصيه، ولو لم يكن له وارث ولا وصي، رده على الموكل في رواية، وفي رواية ينصب القاضي عنه وصياً حتى يرده عليه.

١٦١٦٨ - قال محمد في «الجامع»: رجل أمر رجلاً بأن يبيع عبداً له، ودفعه إليه، فقال: بعته من فلان بألف درهم، وقبضت الثمن، وهلك عندي، أو قال: دفعته إلى الآمر، وكذبه الآمر في البيع، أو أقر بالبيع لكن أنكر قبض الثمن، فالقول قول الوكيل في براءته وبراءة المشتري؛ لأنه أمين مسلط على بيع العبد من جهة الموكل، وقبض الثمن من المشتري، فقبل قوله فيما هو مسلط عليه، وصار الثابت بقوله كالثابت بالبينة، ولو ثبت ما أقر به بالبينة لم يضمن الوكيل، ويبرأ المشتري، كذا هنا. فإن وجد المشتري بالعبد عيباً، ورده على الوكيل بقضاء، فالوكيل يضمن للمشتري[1] الثمن من ماله؛ لأن الوكيل مع المشتري تصادقا على كون الوكيل بائعاً، وحقوق العقد ترجع إلى العاقد أصيلاً كان أو وكيلاً، ثم لا يرجع الوكيل بذلك على الآمر؛ لأن الوكيل غير مسلط على إلزام الموكل بالإخبار، فلا يقبل قوله في ذلك؛ ولكن القاضي يبيع العبد على

(١) هكذا في ط، ف، وكان في الأصل وم: المشتري.

غرم الوكيل؛ لأن إقراره بقبض الثمن إن لم يصح في حق الرجوع على الموكل بمال آخر سوى العبد وثمنه؛ لأنه غير مسلط على ذلك، فهو صحيح فيما يرجع إلى العبد؛ وتعلق الثمن به لكونه مسلطًا عليه، فيثبت بإقراره قبض الثمن فيما يرجع إلى العبد، ويتعلق به الثمن، فصار في حق العبد كأنه قامت البينة على قبض الثمن وهلاكه عنده. ولو كان هكذا، كان للوكيل حق حبس العبد من الآمر حتى يستوفي منه الثمن، وعند تعذر استيفاء الثمن من الموكل بأن غاب الموكل غيبة منقطعة، كان للقاضي أن يبيع العبد، ويوفي من ثمن العبد ما غرم الوكيل للمشتري عند طلب الوكيل، فكذا ههنا.

ثم قال في بعض روايات هذا الكتاب: القاضي يبيع العبد، ويوفي البائع ما غرم المشتري، وذكر في بعضها: ويوفي المشتري من ذلك الثمن الذي أداه للبائع. فموضوع ما ذكر أنه يوفي البائع ما غرم للمشتري أن البائع وهو الوكيل غرم الثمن للمشتري من ماله، وموضوع ما ذكر أنه يوفي المشتري من ذلك الثمن الذي أداه إلى البائع أن البائع لم يكن أدى الثمن من ماله، فيوفي من ثمن العبد ثمن المشتري الذي أداه إلى البائع، وإذا استوفى ثمنه، فإن نقص الثمن الثاني عن الثمن الأول، كان النقصان على المشتري لا يرجع بذلك على أحد. هكذا ذكر في بعض الروايات. وذكر في بعض الروايات: أن ذلك على البائع، يرجع المشتري بذلك على البائع، ولا يرجع البائع على أحد بذلك، وهو الصحيح، أما النقصان على البائع فلأنه أقر بقبض كل الثمن من المشتري، وأما لا يرجع البائع على الآمر بالنقصان لأنه لم يصدق في إقراره في حق الرجوع على الآمر بمال آخر، وإن كان الثمن الثاني أزيد من الأول، كانت الزيادة للموكل؛ لأنه بدل ملكه. وقد خلا عما يشغله.

١٦١٦٩ - قال محمد في الجامع أيضًا: رجل باع عبده من رجل وسلمه إليه، ووكل رجلا بقبض الثمن، فقال الوكيل: قد قبضته، ودفعته إليك، أو قال: ضاع عندي، وجحد الموكل ذلك، كان القول قول الوكيل مع يمينه على ذلك؛ لأنه أخبر عن إمضاء ما هو مسلط عليه، فصار الثابت بإقراره كالثابت بالبينة، وعند ذلك يبرأ المشتري عن الثمن، كذا ههنا، فلو وجد المشتري بالعبد عيبًا، فأراد أن يرده، لم يكن له أن يرجع بالثمن لا على البائع، ولا على الوكيل. أما على البائع؛ فلأنه منكر وصول الثمن إليه، والوكيل بالقبض غير مصدق عليه، فصار في حق إيجاب الضمان على الموكل،

وأما على الوكيل فلأنه صدق في قبض الثمن وهلاكه عنده في حق براءة نفسه ، فصار الثابت بإقراره كالثابت بالبينة ، ولو ثبت بالبينة أنه قبض الثمن ، وهلك عنده ، ورد المشتري العبد على البائع ، ثم أراد أن يرجع على الوكيل بالثمن ، ليس له ذلك ؛ لأنه ليس بعاقد ، كذا هنا .

فإن رده على البائع بعيب بالقضاء رد على المشتري الثمن ؛ لأن الثابت بإقرار الوكيل كالثابت بالبينة فيما يرجع إلى العبد وما يتعلق به ؛ لأن الوكيل بقبض الثمن كان مسلطاً من جهة الموكل في حق العبد وإن كان مسلطاً في حق الثمن ؛ لأن العبد بدل عن الثمن ، فكان التسليط على الثمن تسليطاً على العبد الذي هو بدله ، ألا ترى أن الآمر لو لم يكن دفع العبد إلى المشتري ، ووكل هذا بقبض الثمن ، كانت سلامة العبد للمشتري معلقة بقبض الوكيل الثمن من المشتري ، وإذا صار التسليط على الثمن تسليطاً على العبد صار الثابت بإقراره فيما يرجع إلى العبد كالثابت بالبينة ، ولو ثبت ما أقر به الوكيل بالبينة ، ثم وجد المشتري بالعبد عيباً ، فرده على البائع ، كان للمشتري أن يحبس العبد إلى أن يستوفي ثمنه من البائع ، وعند تعذر استيفاء الثمن من البائع بسبب العيب لو طلب المشتري من القاضي أن يبيع العبد ، ويوفي من ذلك ثمنه الذي أداه إلى البائع ، أجابه القاضي إلى ذلك ، فكذا هنا متى تعذر استيفاء الثمن من جهة الآمر ، كان للقاضي أن يبيع العبد ويوفي من ذلك الثمن الذي أداه المشتري إلى الوكيل بقبض الثمن .

قال مشايخنا : العبد يباع في هذا الفصل برضى البائع في قول أبي حنيفة ؛ لأن ذلك حاضر في هذا الفصل ، فإن العبد يرد عليه بالعيب ، وفي الفصل الأول هو غائب ، ولم يرض ، ولا ولاية بيع مال الغائب إذا كانت عروضاً بطريق النظر . فإن فضل شيء من الثمن الثاني على الثمن الأول ، كان للبائع ؛ لأنه بدل ملكه ، وقد فرغ عن حق غيره ، وإن نقص لم يرجع على البائع ، ولا على الوكيل بقبض الثمن بشيء ، أما على البائع : فلأن قول الوكيل غير مقبول في حق الرجوع بمال على البائع ، وأما على الوكيل : فلأنه كان وكيلاً بقبض الثمن ، ولم يكن عاقداً ، وليس للمشتري عند الرد بالعيب أن يرجع على الوكيل بقبض شيء من الثمن الذي أداه إلى الوكيل ، بخلاف الوكيل بالبيع حيث يرجع عليه ، فالمشتري عند الرد بالعيب بالثمن ؛ لأنه عاقد فكان

مؤاخذًا بحقوق العقد، أما ههنا بخلافه.

١٦١٧٠ - قال محمد في "الجامع" أيضًا: رجل دفع إلى رجل جارية، وأمره ببيعها، فقال المأمور للآمر بعد ذلك: قد بعتها من فلان بألف درهم، وقبضت الثمن، ودفعت إليك، أو قال: ضاع مني وصدقه المشتري، وكذبه الموكل، وقال: ما قبضت الثمن أصلا، فالقول قول الوكيل، والجارية للمشتري، لأن الوكيل أمين أخبر عن إمضاء ما سلط عليه، فيكون القول قوله، ثم قال محمد في بعض روايات هذا الكتاب: ولا يمين عليه، وفي بعض النسخ: ولا ثمن عليه، فإن كان الهاء في قوله عليه كناية عن المشتري، فاللفظان صحيح[1]؛ لأن الوكيل في حق الحقوق بمنزلة العاقد لنفسه، فصح إقراره بالقبض في حق براءة المشتري، وإذا برئ لا يكون بعد ذلك عليه لا اليمين ولا الثمن، وإن كان الهاء في قوله عليه كناية عن الوكيل، فقوله: لا ثمن عليه صحيح أيضًا، وأنه ظاهر؛ لأنه أمين أخبر عن هلاك الأمانة، أو عن تسليمها إلى صاحب الأمانة، وفي الفصلين القول قوله، وقوله: لا يمين عليه معناه أنه لا يمين على الوكيل فيما يرجع إلى نفس البيع؛ لأنه لو أقر الوكيل أنه لم يبع الجارية من فلان بعد ما أقر أنه باع منه، لا يصدق على إبطال حق المشتري، فلا يحلف على ذلك؛ لأن فائدة التحليف النكول الذي هو إقرار، إنما على الوكيل يمين في حق هلاك الثمن في يده، أو تسليمه إلى الموكل؛ لأنه أمين، والأمين متى ادعى هلاك الأمانة، أو تسليمها إلى ربها كان القول قوله مع اليمين. فإن وجد المشتري بالجارية عيبًا، فردها على الوكيل رجع على الوكيل بالثمن، ثم لا يرجع الوكيل على الآمر بشيء؛ لأن الأمين إنما يصدق فيما كان مسلطًا عليه لا فيما لم يكن مسلطًا عليه، والوكيل مسلط من جهة الموكل في بيع الجارية وتسليمها، وقبض ثمنها من المشتري، فيكون مصدقًا في إقراره بذلك، أما لم يسلط في إيجاب شيء في ذمة الموكل، فلو صدقناه في حق الرجوع على الآمر، صار مصدقًا فيما لم يكن مسلطًا عليه من جهة الآمر، وهذا مما لا وجه له ولا سبيل إليه، وإذا لم يصدق في حق الرجوع على الآمر، صار في حق الرجوع كأن الوكيل لم يقبض الثمن أصلا، فههنا لا يكون له أن يرجع على الآمر بالثمن؛ ولكن القاضي يبيع الجارية، فيوفي المأمور ما أدى إلى المشتري من ثمنها؛ لأن الوكيل قد غرم الثمن في عمل باشره

(١) هكذا في جميع النسخ، والصحيح: "صحيحان".

للموكل ، ويتعذر إثبات الرجوع [له][1] في ذمة الآمر ، فتعين رجوعه في مال المدفوع إليه وهي الجارية ؛ لأنه مقبول القول فيما يرجع إلى الجارية ، فيستوفي ما غرم من ماليتها ، وذلك لا يكون إلا بعد بيعها .

ونظير هذا المشتري إذا غاب أو مات مفلسا قبل القبض ، فإن المبيع يباع في يدي البائع ليستوفي ثمنه ، فههنا كذلك . فإذا باع القاضي الجارية ، وأعطى إلى الوكيل ما دفع إلى المشتري ، ففضل منه شيء ، فالقاضي يدفعه إلى الموكل ؛ لأن الوكيل مع الموكل تصادقا أن الفضل ملك الموكل ؛ لأن في زعم الموكل أنها ما بيعت قبل ذلك ، وإنما بيعت الآن ، وجميع الثمن له ، وفي زعم الوكيل أن الجارية ملك الموكل إلا أنها محبوسة عندي بما أديت من الثمن إلى المشتري ، والزيادة لا حق لي فيها ، لوصول كمال حقي إلي ، وهو بدل ملك الآمر ، فقد تصادقا على أن الفضل ملك الموكل ، فيكون له ، وإن نقص من الثمن شيء لم يرجع بالزيادة على الموكل ؛ لما قلنا إنه ليس بأمين في إلزام شيء في ذمة الموكل .

هذا الذي ذكرنا إذا أنكر الموكل البيع ، وقبض الثمن ، فأما إذا أقر أن الوكيل باع وقبض الثمن ، إلا أنه أنكر أن يكون دفعه إليه ، أو هلك عنده ، ثم وجد المشتري بالجارية عيبا ، وردها على الوكيل ، وأخذ من الوكيل الثمن ، كان للوكيل أن يرجع به على الآمر ، وتكون الجارية للآمر ؛ لأن الوكيل أمينه ، ويد الوكيل فيما يقبض من الثمن كيد الموكل ، ولهذا لو كان هلك الثمن في يد الوكيل ، كان بمنزلة الهلاك في يد الموكل ، ولما كان يد الوكيل كيد الموكل ، صار إقرار الموكل بقبض الوكيل الثمن بمنزلة إقراره بقبضه بنفسه ، ولو أقر الموكل أنه قبض الثمن من الوكيل حقيقة ، ثم ادعى سبب الضمان على الوكيل ؛ بأن ادعى أنه غصبه منه ، وأنكر الوكيل ، لا يصدق على الوكيل ، وكان للوكيل أن يرجع على الموكل بما أدى إلى المشتري من الثمن ، هكذا إذا أقر من حيث الحكم ، ثم ادعى سبب الضمان وهو منع الوكيل الثمن منه

هذا الذي ذكرنا كله إذا كانت الجارية مدفوعة إلى الوكيل ، ولو لم يكن الموكل دفع الجارية إلى الوكيل ، وباقي المسألة بحالها من إقرار الوكيل أنه باعها وقبض ثمنها ، وضاع

---

(١) هكذا في ف .

عنده، وصدقه المشتري، وكذبه الموكل، لم يجز هذا على الآمر، ويقال للمشتري: إن شئت، فادفع ألفاً آخر، واقبض الجارية، وإن شئت فانقض البيع؛ لأن الوكيل غير مسلط على تسليم الجارية، فلم يصر مسلطاً على ثمنها؛ لأنه إنما يملك قبض الثمن إذا ملك تسليمها، قبل تسليم الجارية إلى الوكيل، لا يملك تسليمها، فلا يملك قبض الثمن، فلم يكن مسلطاً على الثمن، فلا يقبل قوله، بخلاف الوجه الأول، ولأنه متى لم يدفعها إلى الوكيل لم يجعله أميناً فيها، بل بقي لنفسه حق الحبس إلى أن يصل إليه ثمنها ظاهراً، فلا يقبل قول الوكيل على إبطال[1] حقه عن حبسها بخلاف الوجه الأول، وإنما وجب تخيير المشتري لأن الوكيل لما لم يصدق لم تقع البراءة للمشتري، وفي زعم المشتري أنه دفع الثمن مرة، وأن هذا غرم مضاعف، فكان له الخيار، فإن اختار أخذ الجارية، يؤدي ألف درهم، ويأخذ الجارية من الآمر، والمشتري يرجع على الوكيل بألف درهم؛ لأن الوكيل قد أقر بقبضها منه، وزعمه أن يسلم الجارية بغير غرم آخر، ويرد عليه ما أقر بأخذه منه، فإذا عجز عن تسليم الجارية بغير رد ما أقر بأخذه وهو الألف.

١٦١٧١- وفي «المنتقى»: الوكيل بالبيع إذا باع العبد بألف درهم كما أمره الموكل وقبضه، وهلك الثمن عنده، أو دفع إلى الآمر، ثم ادعى المشتري بالعبد عيباً يحدث مثله، وأنكره البائع وهو الوكيل، وأقر الآمر به، لم ينتقض البيع بإقرار الآمر، ولم يلزم الآمر، ولا البائع شيء؛ لأنهم جميعاً أقروا أن البيع قد تم فيما بين البائع والمشتري، وأنه لا ينقض إلا بقضاء أو بنقض البائع برضى المشتري، وكذلك لو حدث عند المشتري به عيب آخر، وأراد المشتري أن يرجع بنقصان العيب، فإن ادعى المشتري الشراء على الوكيل، وأنكر الوكيل ذلك، وأقر به الآمر، فجعل القاضي العهدة على الآمر وتقابضا، ثم عاد الوكيل إلى تصديقهما، تحولت العهدة من الموكل إلى الوكيل، ويبرأ الموكل منها، فإذا[2] ادعى المشتري بعد ذلك أنه دلس له البائع، وجحد البائع أن يكون دلس له شيئاً، وحلف على ذلك، وصدق الآمر المشتري بما ادعى من العيب، فلا خصومة بين المشتري وبين الآمر.

---

(١) هكذا في م، وكان في بقية النسخ: «في إبطال».

(٢) هكذا في ظ، وكان في بقية النسخ: «فإن ادعى».

الفصل الثاني عشر
في التوكيل ببيع العبد من نفسه وفي توكيل العبد الأجنبي بشراء نفس العبد للعبد

١٦٦٧٢ - والأصل فيه أن يعتبر بيع العبد من نفسه بإعتاقه على كل حال ، ولا يقع الشراء للعبد إلا بالتصريح عليه ؛ لأن بيع العبد من نفسه لما كان إعتاقًا ، فالعبد لما وكله بشراء نفسه له من مولاه ، فقد وكله بقبول الإعتاق ، وقول البائع لغير العبد : بعتك هذا العبد هذا تمليك بحكم الظاهر ، وقبول المخاطب جواب لما أوجبه المالك ، فكان تمليكًا من حيث الظاهر ، فلا يصلح لأداء ما أمره الآمر وهو العبد إلا أن يصرّح بالإضافة إلى العبد .

ويدخل في هذا الفصل توكيل الرجل غيره ليشتري نفسه من مولاه لهذا الرجل .

١٦٦٧٣ - والأصل فيه : أن لا يقع الشراء للآمر إلا بالتصريح عليه ؛ لأن قول المولى لعبده : بعت نفسك منك هذا إعتاق ، وقول العبد : اشتريت قبول للملك[1] الإعتاق ، والآمر أمره بالتمليك ، ولا يصلح قبول الإعتاق لأداء ما أمره الآمر إلا أن يصرّح العبد بالإضافة إلى الآمر .

١٦٦٧٤ - قال محمد في " الجامع " : رجل وكل رجلا أن يبيع عبده من نفسه ، يعني من نفس العبد بألف درهم ، فباعه من نفسه بألف درهم إلى العطاء ، أو إلى الحصاد ، أو الدياس ، فقبل العبد ، جاز ، وعتق العبد ، والألف على العبد إلى ذلك الأجل ، والمولى هو الذي يلي قبض ذلك من العبد ، وهذا لأن بيع العبد من العبد وإن كان بيعًا لفظًا ، فهو إعتاق معنى ؛ لأنه لا يمكن أن يجعل بيعًا حقيقة ؛ لأن البيع يوجب الملك للمشتري ، والمشتري وهو العبد لا يملك نفسه ؛ لأنه مملوك لمولاه حالة البيع ، والشخص الواحد لا يجوز أن يكون مالكًا نفسه ، ويكون مملوكًا لغيره في حالة واحدة ،

---

(١) وفي الأصل : بالملك .

فيجعله مجازاً عن الإعتاق، وأمكن أن يجعل كذلك؛ لأن البيع يزيل الملك إلى أحد، والإعتاق يزيل الملك لا إلى أحد، فكان في الإعتاق بعض ما في البيع، وإطلاق اسم الكل على البعض بطريق المجاز جائز، فصار كما لو وكله بأن يعتق عبده على ألف، فأعتقه على ألف إلى الحصاد والدياس، وذلك جائز، ويعتق العبد، ويكون المال عليه إلى ذلك الوقت، كذا هنا.

والجواب في الخلع والصلح عن دم العمد في هذا نظير الجواب في الإعتاق، فقد حكم بصحة هذه التصرفات إلى هذه الآجال. والفرق: وهو أن الجهالة وإن تمكنت في قدر الأجل في هذه التصرفات إلا أن هذه جهالة مستدركة، فإنها تزول عند وجوده، وما كان مستدركاً من الجهالة كان في حد القلة، والجهالة القليلة إنما توجب فساد العقد إذا كانت مفضية إلى المنازعة، أما إذا لم يكن فلا، ففي البيع هذه الجهالة تفضي إلى المنازعة؛ لأن البيع: مبادلة المال بالمال، وكان مبناه على المماكسة والمضايقة، فكانت الجهالة القليلة مفضية إلى المنازعة، فأما هذه العقود: فليس مبناها على مبادلة المال بالمال، فالظاهر أن المماكسة والمضايقة لا تجري فيها عند قلة الجهالة، فلا يفضي إلى المنازعة، فلا يوجب فساد العقد.

ولو كان العبد هو الذي وكل رجلاً، فقال: اشتر لي نفسي من مولاي بألف درهم إلى العطاء، فهذا على ثلاثة أوجه: إما أن يصرح الوكيل بأني اشتريته لنفسي أو أطلق الكلام إطلاقاً، أو صرح أنه يشتري نفس العبد للعبد، فأما إذا أضاف إلى نفسه أو أطلق، فالشراء وقع للوكيل، ولا يعتق العبد عليه، وعليه قيمته، لا يرجع بها على غيره؛ لأن شراء الأجنبي تمليك وشراء العبد قبول إعتاق، والعبد إنما وكله بقبول الإعتاق، وما التزمه الوكيل بغير الوكالة، فكان هو بالإضافة إلى نفسه مؤدياً غير ما التزم، والوكيل بأداء غير ما التزم يصير مخالفاً، ألا ترى أن المأمور بالشراء بألف إذا اشترى بأكثر من الألف، يصير مخالفاً كذا هنا.

وكذا إذا أطلقه[1] صار مخالفاً؛ لأن قول البائع لغير العبد: بعتك هذا العبد إيجاب منه بحكم الظاهر، وقول المخاطب جواب لما أوجبه المالك، فكان تمليكاً من

---

(١) وفي ن: إذا أطلقه إطلاقاً.

للعاقد . فلم يصح أداء ما التزمه المأمور . فصار مخالفاً ، وإذا صار مخالفاً صار الشراء واقعاً له ، وقد اشترى إلى أجل مجهول ، فصار فاسداً فلزمه القيمة .

وأما إذا صرح أنه يشتريه للعبد ، وباقي المسألة بحالها ، فالعبد حر حين وقع البيع ، والمشتري ضامن قيمته يرجع بها على العبد ، ولا سبيل للمولى على العبد ، فيحكم بفساده بشرط الأجل المجهول حتى جعله مضموناً بالقيمة ، وأوجب المال على الوكيل ، فهذا إلحاق بالشراء لنفسه ، ولم يجعله معبراً القبول العتق ، ولم يعتبره بالوكيل من جانب المولى . فإن هناك جهالة الأجل لم يفسده ، ولم يكن قبض البدل ثمة إلى الوكيل ، وهي المسألة من هذا القسم .

وذكر هذه المسألة في كتاب الوكالة في موضعين ، فذكر في أحد الموضعين : كما قال ههنا ، وقال في الموضع الثاني : يجب على العبد الألف المسمى لا قيمته ، ويكون المطالب من جهة الآمر بالألف هو العبد دون الوكيل ، فقد اعتبر جانب العبد بجانب المولى ، قيل : وليس في المسألة روايتان ، فما ذكر هنا وفي أحد الموضعين في كتاب الوكالة جواب الاستحسان ، وما ذكر في الموضع الثاني جواب القياس ، فوجه القياس في ذلك وهو أنا أجمعنا على أن التوكيل من جانب المولى ببيع نفس العبد من العبد اعتبر توكيلاً بالإعتاق على مال حتى جاز وإن كان إلى أجل مجهول ، وكان قبض الألف إلى المولى لا إلى الوكيل . فكذا التوكيل بالشراء من جانب العبد يجب أن يجعل توكيلاً بقبول الإعتاق ، فصار كأن العبد وكل هذا الرجل ، حتى يسأل من المولى أن يعتقه على الألف إلى العطاء ، فأعتقه ، وهناك يجوز ، ويكون على العبد المسمى لا قيمته ، وكان قبض الألف إلى المولى (١) ، كذا ههنا .

توضيحه وهو أن الوكيل قائم مقام الموكل ، فيكون حكمه حكم الموكل ، والموكل هو العبد لو اشترى نفسه من المولى بألف درهم إلى العطاء ، جاز ، وكان عليه الألف لا قيمته ، وكان قبض الألف إلى المولى ، فكذا إذا فعله الوكيل ، ألا ترى أن في جانب المولى اعتبرنا حال الوكيل بحال الموكل ، كذا ههنا

وجه الاستحسان . وهو أن نفس شراء العبد للعبد وبيع نفس العبد من العبد بيع

(١) هكذا في بقية النسخ ، وكان في الأصل : الوكيل .

وشراء لفظًا، إلا أنه إعتاق معنى، والمحل قابل للبيع والشراء، وقابل للإعتاق. فيجب العمل باللفظ والمعنى بقدر الإمكان: كالهبة بشرط العوض، والعمل بهما جميعًا في وكيل المولى بالبيع، وفي وكيل العبد بالشراء لا يمكن للتنافي بينهما في حق الأحكام، فعمل بالمعنى في حق الوكيل بالبيع من جانب المولى وباللفظ في الوكيل بالشراء من جانب العبد، فكان العمل على هذا الوجه أولى؛ لأنه لو عملنا باللفظ في حق الوكيل بالبيع من جانب المولى وجعلناه أصيلًا حتى يرجع الحقوق إليه مع أنه استفاد[1] ولاية تنفيذ البيع من المولى، يلزمنا العمل باللفظ في حق الوكيل بالشراء لترجع الحقوق إليه مع أنه لم يستفد ولاية تنفيذ الشراء من العبد، فإنه لو اشترى هذا العبد من المولى من غير توكيل العبد صح، فحينئذ لا يمكن العمل باللفظ والمعنى، فعملنا بالمعنى في حق الوكيل بالبيع من جانب المولى، وباللفظ في حق الوكيل بالشراء من جهة العبد، فصار الوكيل بالشراء كالمشتري للعبد لنفسه بألف درهم إلى العطاء، ثم صار كالبائع لنفس العبد منه إلى العطاء في حق الحقوق والشراء بألف لنفسه إلى العطاء يكون فاسدًا يوجب القيمة، وترجع الحقوق إليه، كذا ههنا.

بخلاف ما إذا اشترى العبد بنفسه؛ لأن ثمة العمل باللفظ متعذر، فوجب العمل بالمعنى، أما إذا كان المشتري غير العبد، فهو من أهل أن يشتري العبد، فأمكن العمل باللفظ بأن يجعل الوكيل في حق الحقوق مشتريًا لنفسه، ثم يصير بائعًا العبد من نفسه.

ولو كان هذا العبد مدبرًا وباقي المسألة على حالها، فالمدبر حر حين وقع الشراء، سواء اشتراه المأمور مطلقًا، أو أضاف الشراء إلى نفسه، أو إلى المدبر، ولو كان سماه إلى العطاء، فالمال إلى ذلك الأجل، والمال في هذه الوجوه كلها على المدبر، ولا شيء على الوكيل من ذلك بكل حال؛ لأن ههنا العمل باللفظ متعذر، لأن المدبر مما لا يجوز شراؤه، ألا ترى أن هذا الوكيل لو اشتراه لنفسه، أو لغيره لا يجوز، وأمكن العمل بالمعنى؛ لأن المدبر يجوز إعتاقه، فعملنا بالمعنى، فصار وكيلا من جهة المدبر بقبول الإعتاق، فاعتبر بجانب المولى، أما ههنا بخلافه.

هذا الذي ذكرنا إذا أضاف الوكيل الشراء إلى نفسه، بأن أخبر المولى أن العبد

---

(١) هكذا في ط وكان في الأصل وف: "استفاد".

وكله بشراء نفسه له ، ثم قال : اشتريت منك هذا العبد بألف درهم إلى العطاء ، فأما إذا أضاف الشراء إلى العبد ، بأن قال للمولى : إن عبدك يستبيع نفسه منك بألف درهم إلى العطاء ، فبعه منه ، فباع يجوز ، ويعتق العبد ، وكان على العبد ألف درهم يقبضه المولى من العبد ؛ لأنه لما أضاف الشراء إلى العبد فقد جعل نفسه رسولاً عن العبد ، والرسول ناقل عبارة المرسل ، فصار كأن العبد اشترى نفسه من المولى بألف إلى العطاء ، وهناك كان الجواب كما قلنا ، كذا ههنا .

١٦١٧٥ - قال محمد : في رجل قال لعبد الغير : اشتر لي نفسك من مولاك بألف درهم ، فقال العبد : نعم ، ثم ذهب إلى مولاه ، واشترى نفسه ، فإن قال له : بعني نفسي بألف درهم ، فباعه ، وقبل العبد ، فهو حر ، وعليه ألف درهم ، والولاء للمولى ، وكذلك إذا أطلق الكلام إطلاقًا ؛ لأنه صار مخالفًا ؛ لأن الآمر وكله بتملك المال ، والعبد التزم ذلك ، ومطلق شراء العبد نفسه أو مضافًا إلى نفسه لا يصلح لأداء ما التزم ، أما المضاف إلى نفسه فلأنه قبول العتق ، وإيجاب المولى إيجاب العتق ، وهذا ظاهر ، وكذلك مطلقة ؛ لأن شراء العبد نفسه مطلقًا إعتاق ما لم يرد عليه دليل بغيره ، وقد ذكرنا أن المأمور إذا امتنع عن أداء ما التزم يصير مخالفًا ، وعند صيرورته مخالفًا يقع العقد للمأمور ، وأما إذا أضاف الشراء إلى الآمر بأن قال للمولى : بعني نفسي لفلان بكذا ، ففعله ، وقبل العبد ، صحّ ، والعبد للآمر ، والثمن في رقبة العبد ، يرجع بها على الآمر ، أما العبد للآمر ، فلأنه امتثل أمر آمره ، فيقع الملك له ، وأما الثمن في رقبة العبد ؛ لأنه العاقد وحقوق العقد يرجع إلى العاقد .

فإن قيل : العبد كان محجورًا قبل هذا ، والعبد المحجور متى اشترى لغيره لا يلزمه الحقوق

قلنا : المحجور إنما لا يؤاخذ بحقوق العقد إذا باشر العقد بغير إذن المولى [وههنا باشر العقد بإذن المولى] فإن المهلة تلحقه وهو ملك الآمر ، وهو راضٍ بذلك حيث أمره بالشراء ، ثم قال : ويرجع العبد بالثمن على الآمر [ومعناه أن البائع متى طالب إن كان له كسب ويرجع به على الآمر إذا كان عليه دين ، ولو أراد البائع أن يحبس العبد يطالب الآمر] أو معناه أنه يؤدي الثمن من كسبه إن كان له كسب ، ويرجع به على الآمر إذا كان

عليه دين .

ولو أراد البائع أن يحبس العبد حتى يأخذ الثمن ، لم يكن له ذلك ؛ لأن العبد في يد نفسه ، والمبيع إذا كان في يد الوكيل بالشراء حاضراً في مجلس الشراء ، لا يكون للبائع حق الحبس ؛ لأنه بنفس البيع يصير مخلياً بين المبيع والمشتري ، فيصير قابضاً له بنفس الشراء ، فصار كالوديعة إذا اشتراها المودع لنفسه أو لغيره ، والوديعة حاضرة في مجلس البيع ، لا يكون لصاحب الوديعة حبسها بالثمن ، فههنا كذلك ، فإن وجد الآمر بالعبد عيباً ، فأراد خصومة البائع ، فإن كان ذلك لعيب معلوماً للعبد يوم اشترى نفسه ، لم يرده به ؛ لأن العبد كان وكيلاً بالشراء ، والوكيل بالشراء متى اشترى مع العلم بالعيب يمتنع الرد بالعيب ؛ لأنه أسقط حقه في الرد ، وإنه من حقوق العقد ، فيكون إلى العاقد ، وإن لم يكن العبد عالماً بذلك ، فله أن يرده ، والذي يلي الخصومة في ذلك العبد ؛ لأنه لم يرض ، وإنه من حقوق العقد ، فكان إلى العاقد وهو العبد ، وكان له الرد من غير استطلاع رأي الآمر ؛ لأن المشتري وهو العبد في يد نفسه ، وهو وكيل بالشراء ، والوكيل يملك الرد بعيب لم يرض به من غير استطلاع رأي الموكل ما دام المشتري في يده ، عرف هذا في مواضع كثيرة ، كذا ههنا

ولو كان العبد اشترى نفسه للآمر بألف إلى العطاء ، كان العقد فاسداً ، كما لو باشره الآمر بنفسه ، وصار قابضاً بنفس الشراء ، اعتباراً للفاسد بالصحيح ، فإن مات العبد عقيب العقد ، ضمن الآمر قيمته بالغة ما بلغت ؛ لأن العبد صار قابضاً لنفسه ، كما فرغ من الشراء ، وقد وقع الشراء للآمر ؛ لأنه لم يصر مخالفاً ؛ لأنه لو صار مخالفاً إما أن يصير بحكم فساد العقد ، أو بحكم أن يملك الشراء أجل نقصاناً عن الألف المسمى معنى ، ولا وجه إليهما ؛ لأن الوكيل بالشراء الفاسد والنقصان عن المسمى ، ينفذ الشراء على الآمر ، ووقع قبض الوكيل وهو العبد لموكله ، فإذا مات الوكيل وهو العبد ، انتقلت العهدة إلى الموكل ، فيؤاخذ الآمر بقيمته بالغة ما بلغت ، ولا يصير مخالفاً ، وإن كانت قيمة العبد أكثر من الألف ؛ لأن هذا الخلاف ثبت حكماً للأمر ، فإن لم يمت العبد حتى استخدمه البائع في بعض عمله ، فهذا منه نقض للبيع حتى لو مات بعد ذلك يموت من مال البائع ؛ لأنه استرد العبد من المشتري برضاه ، والبائع بيعاً فاسداً متى استرد العبد من المشتري ينتقض البيع ، سواء كان الشرط المفسد مشروطاً له أو لصاحبه ، فإن انتقض البيع

عاد العبد إلى ملك المولى، فإذا هلك كان الهلاك عليه.

ولو كان العبد اشترى نفسه للآمر بألف وعشرة إلى العطاء، أو إلى أجل معروف، والآمر كان أمره بألف، فهو حر حين وقع البيع؛ لأنه لما زاد على الألف المأمور به، صار مخالفاً قصداً، فصار الحال بعد الوكالة كالحال قبله، وقبل الوكالة لو اشترى العبد نفسه من مولاه بألف إلى العطاء يعتق العبد، وكان المال على العبد إلى العطاء، كذا ههنا.

قالوا: وهذه المسألة رواية أن الفضولي متى اشترى شيئاً، وهو من أهل أن ينفذ عليه ينفذ عليه، ولا يتوقف، وإن أضاف الشراء إلى المشترى له نصاً، وقد اختلف المتأخرون في هذه المسألة، وكان اختلافهم بناء على اختلاف الروايات عن محمد، وفي «الأصل»: إذا وكل الرجل رجلاً ببيع العبد، فباع الوكيل العبد من نفسه لا يجوز؛ لأن بيع نفس العبد من العبد إعتاق، وليس ببيع، ولو باع العبد من قريب العبد جاز - والله أعلم بالصواب.

الفصل الثالث عشر
في بيان حكم وكيل الوكيل والموكل الأول والموكل الثاني معه

١٦١٧٦- قال محمد في "الجامع الصغير": في الوكيل يبيع العبد إذا وكل غيره به، فإن باعه الثاني، والأول حاضر جاز، وإن كان غائباً لم يجز، وإن باعه رجل غير الوكيل، فبلغ الوكيل، فسلم البيع، فهو جائز. وقال: في الوكيل بالشراء إذا وكل غيره به إذا اشتراه الثاني، والأول حاضر، فهو لازم للآمر؛ لأن المقصود من التوكيل الانتفاع برأي الوكيل لا بعبارته؛ لأن الناس يتفاوتون في الرأي لا في العبارة، فإذا وكل غيره، وباع الثاني، أو اشترى بحضرة الأول، فقد حضر رأيه، وإذا باع الثاني، أو اشترى بغيبة الأول، فلم يحضر رأيه، وإذا بلغه وأجازه، فقد حضر رأيه.

ثم إذا باع الثاني، أو اشترى بحضرة الأول حتى جاز، فالعهدة على من لم يذكر محمد هذا الفصل في "الجامع الصغير"، وذكر البقالي في فتاواه: أن الحقوق ترجع إلى الأول، وفي حيل "الأصل" و"العيون": أن الحقوق ترجع إلى الثاني، ثم إن محمداً قال في "الجامع الصغير": إذا باع الوكيل الثاني بحضرة الوكيل الأول جاز، ولم يشترط للجواز إجازة الوكيل الأول، وهكذا ذكر في وكالة "الأصل" في موضع، وذكر في موضع آخر من وكالة "الأصل"، وشرط إجازته، فقال: إذا باع الوكيل الثاني والوكيل الأول حاضر أو غائب، فأجاز ذلك الوكيل الأول، جاز.

حكي عن الكرخي: أنه كان يقول: ليس في المسألة روايتان، ولكن ما ذكر مطلقاً في بعض المواضع: أنه يجوز إذا باع بحضرة الأول محمول على ما إذا أجاز، فكان يحمل المطلق على المقيد، ولا يجعل في المسألة روايتان، وإلى هذا ذهب عامة مشايخنا، وهذا لأن توكيل الوكيل الأول لما لم يصح؛ لأنه لم يؤذن له بذلك صار وجود هذا التوكيل والعدم بمنزلة، ولو عدم التوكيل من الأول حتى باعه هذا الرجل، والوكيل غائب أو حاضر، فإنه لا يجوز عقد هذا الفضولي إلا بإجازته؛ لأن الإجازة لبيع الفضولي لا تثبت بالسكوت، لكون السكوت محتملاً، كذا ههنا، ومتى أجاز، فإنما

يجوز لأن الوكيل يملك مباشرته بنفسه، فيملك إجازته من طريق الأولى.

ومنهم من يجعل في المسألة روايتين. وجه رواية اشتراط الإجازة ما ذكرنا، وجه رواية الجواز من غير إجازة الأول: أن بيع الثاني حال غيبة الأول إنما لا يصح لعري العقد عن رأي الأول، ومتى باع بحضرته، فقد حضر هذا العقد رأي الأول، وعلى هذا أحد وكيلي البيع والإجارة إذا أمر صاحبه بالبيع أو الإجارة، فباع بحضرته في رواية لا يجوز إلا بإجازته، وفي رواية: يجوز من غير إجازته.

وإن قدر الوكيل الأول للثاني ثمناً بأن قال: بعه بكذا، فباعه الثاني بغيبة الأول، فيه روايتان: في رواية كتاب الرهن: يجوز، وهكذا ذكر في المنتقى؛ لأن مقصود الموكل أن يكون البيع برأي الوكيل الأول، وإذا قدر الوكيل الأول ثمناً، فبيع الوكيل الثاني بيع برأي الوكيل الأول، وعلى رواية كتاب الوكالة: لا يجوز؛ لأن الأول لو كان هو الذي يباشره ربما يبيع بالزيادة على ذلك القدر لذكائه وهدايته.

١٦٦٢٧ - وذكر في أمر وكالة الأصل: إذا وكل الرجل رجلاً في خصومة، أو تقاضي دين، أو بيع، أو شراء، أو نكاح، أو طلاق، أو غير ذلك، فليس للوكيل أن يوكل غيره، فإن وكل وفعل الثاني، لم يجز ذلك إلا في خصلة واحدة استحساناً، وهو البيع والشراء إذا فعل الثاني بحضر من الأول، فإنه يجوز استحساناً، والقياس أن لا يجوز.

قال الفقيه أبو بكر البلخي: استثنى محمد من جميع ما ذكر البيع والشراء، فيكون ما عدا ذلك من التصرفات التي ذكرها من الطلاق والنكاح داخلاً تحت المستثنى منه، فمتى هذا الوكيل بالنكاح أو الطلاق إذا وكل غيره، ففعل الوكيل الثاني بحضرة الأول لا يجوز، والتوكيل بالبيع والشراء إذا وكل غيره، ففعل الوكيل الثاني بحضرة الأول، يجوز استحساناً.

والفرق على وجه الاستحسان: أن الوكيل في باب الطلاق والنكاح رسول، والرسول ينقل عبارة المرسل، فتكون العبارة للمرسل، فإذا أمر الوكيل غيره بذلك، فقد أمره بنقل تلك العبارة، فلا يصح كما لو أمر الوكيل بنقل عبارة الموكل، فأمر الوكيل غيره بذلك، فإنه لا يصح، وطريقه ما قلنا، وإذا لم يصح الأمر صار وجوده والعدم بمنزلة،

ولو طلق الثاني، أو نكح بغير أمر الأول أليس أنه لا يصح، كذا ههنا، أما الوكيل فى باب البيع والشراء أمره بنفل ملك نفسه؛ لأنه أمره بالبيع والبيع مملوك له، والعبارة في البيع له، ولهذا يرجع حقوق العقد إليه، فيصح أمر غيره بذلك، كما يصح أمر الموكل الأول، غير أنه إذا باع الثاني بغيبة الأول إنما لا يصح على الموكل الأول، لا لأن الأمر من الوكيل الأول لم يصح، ولكن لأن هذا بيع لم يحضره رأي الوكيل الأول، والموكل الأول إنما رضي ببيع بحضرة رأي الوكيل الأول، فأما إذا باعه الثاني بحضرة الأول، فهذا باع، وقد حضره رأي الوكيل الأول، وقد صح الأمر به من الوكيل الأول، فصار بيع الثاني والحالة هذه كبيع الوكيل الأول بنفسه، فينفذ على الموكل الأول.

١٦١٧٨- وفي أول وكالة "عيون المسائل": رجل وكل غيره أن يزوجه امرأة، فزوجه رجل سوى الوكيل، والوكيل حاضر، فأجاز، جاز، وكذا البيع. ولو وكل رجلا أن يطلق امرأته، أو يعتق عبده فطلق، أو أعتق رجل سوى الوكيل، والوكيل حاضر، فأجاز لم يجز، قال ثمة: والخلع والكتابة مثل النكاح.

وروى بشر عن أبي يوسف: في فصل البيع والطلاق نظير ما روى ابن سماعة عن محمد، وفي الخلع بخلاف ذلك، فجعل أبو يوسف الخلع بمنزلة الطلاق، فإن كان الأمر قال للأول: ما صنعت من شيء، فهو جائز جاز للأول أن يوكل غيره، وينفذ تصرف الوكيل الثاني على الموكل الأول؛ لأن الموكل الأول فوض الرأي إلى الوكيل الأول على العموم، فأجاز صنعه، وتوكيل الثاني من صنعه، فيدخل تحت الإجازة.

وكذلك إذا قال له الموكل الأول: وكل من شئت، وكل من أحببت[1] كان للأول أن يوكل غيره، ويجوز فعل الوكيل الثاني على الموكل الأول، والكلام في هذا الفصل أظهر؛ لأن الموكل الأول فوض التوكيل إلى الوكيل الأول نصا، ولو مات الموكل الأول في هذه الصورة، بطلت وكالتهما، ولو أن الموكل الأول أخرج الوكيل الأول عن الوكالة، فالثاني على وكالته، وكذلك لو مات الوكيل الأول، فالثاني على وكالته، وهذه المسائل دليل على أن الوكيل الثاني وكيل الموكل الأول، لا وكيل الوكيل الأول، وهذا لأن الوكيل بالتوكيل رسول، وعبارة الرسول كعبارة المرسل، فكان الموكل الأول

---

(١) هكذا في ظ وف وكان في الأصل وم: أحببت.

وكل، وهناك الجواب كما قلنا، فههنا كذلك.

١٦١٧٩ - وإن أراد الوكيل الأول أن يعزل الثاني، هل له ذلك؟ ذكر الخصاف في "أدب القاضي" في موضع: أنه ليس له ذلك، وهذا إشارة إلى أن الثاني وكيل الموكل الأول، وذكر في موضع آخر أن له ذلك، وهكذا ذكر في "المنتقى"، بعض مشايخنا قالوا: ما ذكر أن له ذلك يشير إلى أن الوكيل الثاني وكيل الأول، وبعضهم أنكروا ذلك، وقالوا: الأول يملك عزل الثاني، لا باعتبار أن الثاني وكيل الوكيل الأول، ولكن باعتبار أن الموكل الأول أجاز صنع الأول، وعزل الأول للثاني من صنعه.

وفي "نوادر هشام" قال: سمعت محمداً يقول: رجل قال لآخر: أنت وكيلي في اقتضاء ديني، ووكل من شئت بذلك، فوكل الوكيل بذلك رجلاً، فللوكيل الأول أن يخرج الثاني من الوكالة إذا شاء. ولو قال: أنت وكيلي في اقتضاء ديني، ووكل فلاناً بذلك، فوكله الوكيل بذلك، لم يكن للأول أن يعزله؛ لأنه صار بمنزلة الرسول حين سماه له الآمر. ولو قال للوكيل: وكل فلاناً إن شئت، فوكله كان للوكيل أن يعزله.

١٦١٨٠ - إذا وكل رجلاً بأن يشتري له جارية، وسمى نوعها أو ثمنها، وأجاز له ما صنع، ثم قال له: وكل من أحببت، فوكل الوكيل رجلاً آخر بذلك، فاشترى الوكيل الأول جارية، واشترى الثاني بعد ذلك جارية، فالثاني مشترٍ لنفسه؛ لأن وكالتهما على جارية واحدة بغير عينها، فينتهي بشراء الأول جارية.

وإذا وكل الرجل رجلاً ببيع أو شراء، وقال له: اعمل فيه برأيك، فوكل الوكيل وكيلاً، وقال له: اعمل فيه برأيك، لم يكن للثاني أن يوكل الثالث، نص عليه في كتاب الشفعة.

١٦١٨١ - وذكر في كتاب المضاربة: إذا قال رب المال للمضارب: اعمل فيه برأيك، فدفع المضارب المال إلى غيره مضاربة، وقال: اعمل فيه برأيك، كان للثاني أن يدفع المال إلى غيره مضاربة: فمن مشايخنا من قال: ما ذكر في المضارب يصير رواية في الوكيل، وما ذكر في الوكيل يصير رواية في المضارب، فعلى قول هذا القائل: يصير في المسألتين روايتان، ومنهم من قال: بين المسألتين فرق، وهو الأظهر.

وفي "نوادر ابن سماعة" عن محمد: رجل وكل رجلاً ببيع عبده، وأجاز أمره في

ذلك، وجعل له أن يوكل غيره بذلك، فوكل الوكيل رجلاً، ثم إن الوكيل الأول اشترى العبد من الوكيل الثاني جاز؛ لأن الثاني صار وكيلاً لمولى العبد، هكذا ذكره.

١٦١٨٢ - وفي «المنتقى»: رجل دفع إلى رجل ألف درهم مضاربة يشتري له بها متاعاً قد سماه، وأن يوكل بذلك من أحب، فدفعها الوكيل إلى رجل، وأمره أن يشتري به المتاع الذي أمره رب المال، ففعل ذلك، فللوكيل الذي دفع الدراهم يعني للوكيل الأول أن يقبض المتاع من المشتري، وإن مات الوكيل الأول لا تبطل وكالة الثاني، ولو أن رب المال حين دفع الدراهم قال: وكلتك أن تشتري لي بها كذا، وأن توكل بذلك لي من أحببت، فدفع الذي قبض الدراهم إلى رجل، وقال: وكلتك لفلان أن تشتري له بهذه الألف كذا، فهذا وكيل رب المال، وليس للذي دفع الدراهم أن يقبض المتاع من المشتري، وكذا لو دفع إليه الدراهم، وقال: وكلتك أن تشتري بهذه الألف لفلان كذا، ولم يقل: وكلتك لفلان.

وكذلك إذا قال: وكلتك بأن تشتري بهذه الألف كذا، ثم تصادقا أن المال لفلان، وأنه إنما وكله ليشتري لفلان، وأن فلاناً قد أمره أن يوكل من أحب، وهذا لأنه حين قال: وكله لي، فقد جعله رسولاً، فصار الثاني وكيلاً لرب المال، فلا يكون للأول أن يقبض المتاع منه.

١٦١٨٣ - رجل قال لآخر: وكل فلاناً بأن يشتري لي منك ما بدا لك، فهو جائز، وإذا قال: وكل من شئت أن يشتري لي منك ما بدا لك لا يجوز.

١٦١٨٤ - رجل باع عبد رجل بغير أمره، ثم إن صاحب العبد قال للمشتري: وكلتك ببيع هذا العبد، وإن توكل بذلك من أحببت، فوكل المشتري رجلاً ببيع العبد، وأجاز ذلك البيع، كان جائزاً، وعلى قياس هذا إذا وكل مولى العبد البائع أو رجلاً آخر ببيع هذا العبد، فأجاز ذلك البيع كان جائزاً.

الفصل الرابع عشر

في توكيل بعد توكيل بشيء واحد، وفي التوكيل بشراء شيء في ملك الموكل بشيء من ذلك يوم وكل

١٦١٨٥ - ذكر في «فتاوى أبي الليث»: قال الفقيه أبو بكر: رجل وكل رجلاً ببيع عبده، ووكل آخر ببيع هذا العبد أيضاً، فباع أحد الوكيلين العبد من رجل، ثم باع الوكيل الآخر العبد من ذلك المشتري بأكثر من الثمن الأول، قال: بيع الوكيل الثاني من المشتري جائز، قال: لأن الوكيل الثاني لم يخرج عن الوكالة ببيع الأول، قال: ألا ترى أن الموكل لو باعه بنفسه، ثم رد عليه بعيب بقضاء قاض، فالوكيل على وكالته، وفي مسألة الاستشهاد رواية أخرى، بخلاف ما ذكرنا على ما يأتي بعد هذا.

فإن قيل: لو جاز البيع الثاني ينفسخ الأول، والوكيل الثاني لا يملك فسخ بيع الوكيل الأول، قلنا: البيع الأول لا ينفسخ قصداً وابتداء، وإنما ينفسخ في ضمن البيع الثاني، ويجوز أن يثبت الشيء في ضمن غيره، وإن كان لا يثبت مقصوداً على ما عرف في موضعه.

١٦١٨٦ - وفي «نوادر ابن سماعة» عن محمد: رجل وكل رجلاً بقبض كل دين له، ثم فارقه، ثم وكل آخر بقبض كل دين له، فقبض الوكيل الأول شيئاً من الدين، فليس للثاني أن يقبضه من الأول؛ لأنه ليس بدين، إنما هو وديعة، ولو كان وكل الأول بقبض كل دين له، ووكل الثاني بقبض كل شيء له، فقبض الأول شيئاً من الدين، فللثاني أن يقبض منه.

١٦١٨٧ - وفي «المنتقى»: رجل قال لغيره: وكلتك بقبض داري التي في موضع كذا التي في يد فلان، فمضى الوكيل، ثم وكل آخر بعده بمثل ما وكل به الأول في قبض هذه الدار بعينها، فإن كان الأول قد قبض الدار قبل توكيل الثاني، فللثاني أن يقبض

الدار من الأول، فإن وكل الثاني قبل أن يقبض الأول الدار، فليس للثاني أن يقبضها؛ لأنها صارت مقبوضة لصاحبها، قال: والشيء بعينه لا يشبه ما ليس بعينه، ألا ترى أن رجلا لو وكل رجلا بقبض عبد له بعينه في يدي رجل، ثم قبضه المولى، فمكث عنده زمانًا، ثم دفعه إلى رجل آخر وديعة، لم يكن للوكيل أن يقبضه[1].

١٦١٨٨- وفي "المنتقى" رواية بشر عن أبي يوسف: رجل وكل رجلا أن يشتري له شيئًا مسمى، وبين جنسه وصفته من عبد أو دار أو فرس، أو ما أشبه ذلك، وكان في ملك الآمر شيء من ذلك يوم أمره، فباعه ثم اشتراه المأمور للآمر لا يجوز، قال: وهذا على غير ما ملكه، قال: ولو كان في ملك المأمور، فباعه ثم اشتراه المأمور، فهو جائز على الآمر، ولو كان للآمر امرأة في عدة منه يملك رجعتها، لم يجز نكاحه إياها له، وإن كان في عدة من طلاق بائن، جاز نكاحه إياه، قال: إلا أن يكون شكى سوء خلقها، أو كراهته وقت الأمر بالنكاح، فليس يجوز تزويجه عليه إياها. وروى هشام عن محمد: مسألة النكاح والشراء على نحو ما روى بشر عن أبي يوسف.

١٦١٨٩- قال في "الأصل": وإذا وكل الرجل رجلا ببيع عبده، ووكل آخر ببيع ذلك العبد، فباع هذا من رجل، وهذا من رجل آخر، فإن علم الأول، فهو له؛ لأن بيع الأول قد صح، فيصير الثاني بائعًا ملك المشتري الأول، لا ملك الموكل، فلا يصح، وإن لم يعلم الأول، كان لكل واحد منهما نصفه بنصف الثمن؛ لأن البيعين قد وجدا، ولم يعلم تقدم أحدهما على الآخر، فكأنهما وجدا معًا، ولو وجدا معا كان العبد بين المشتريين نصفين، كذا ههنا، ويخير كل واحد منهم؛ لأن كل واحد منهما اشترى النصف، وقد استحق عليه النصف، وإن كان العبد في يد أحد الوكيلين، أو في يد الموكل، فهو سواء؛ لأن العبد ليس في يد أحد المشتريين، بل في يد غيرهما، ومتى كان العبد لغير المشتريين، وقد ادعيا تلقي الملك من جهة واحد، كان بينهم نصفين، وإن كان في يد أحد المشتريين: كان هو أولى إلا أن يؤرخ الآخر شراءه قبل شراء هذا، ولم يذكر

---

(١) وفي تصحيح نسخة "ظ" هنا عبارة زائدة موجودة، وهي بعد قوله: "أن يقبضه": ولو وكله بقبض كل شيء له، فلهم ذلك، ثم قبضه المولى، ثم أودعه إنسانًا آخر، فللوكيل أن يقبضه بعد هذا. وفي "المنتقى"... إلخ.

الفصل الخامس عشر

في انعزال الوكيل، وخروجه عن الوكالة حكماً لا قصداً

١٦٦١٩ : وإذا جن الموكل، فهو على وجهين : إن كان الجنون غير مطبق لا ينعزل الوكيل، وإن كان مطبقاً ينعزل، وفي المسألة قياس واستحسان، لكن اختلف فيها ألفاظ الكتب، ذكر في بعض المواضع : القياس والاستحسان في المطبق، فقال : القياس أن لا ينعزل، وفي الاستحسان : ينعزل. قلنا : وما ذكر من الجواب في الجنون المطبق محمول على ما إذا كانت الوكالة غير لازمة بحيث يملك الموكل العزل في كل ساعة وزمان كالوكيل بالخصومة من جانب الطالب، وأما إذا كانت الوكالة لازمة بحيث لا يملك الموكل عزله كالعدل إذا سلطه على بيع الرهن، وكان التسليط مشروطاً في عقد الرهن، لا ينعزل الوكيل بجنون الموكل، وإن كان الجنون مطبقاً، وهذا لأن الوكالة إذا كانت غير لازمة كان لبقائها حكم الإنشاء، ولو أنشأ الموكل الوكالة بعد ما جن جنوناً مطبقاً لا يصح، فكذا لا تبقى الوكالة إذا صار الموكل بهذه الصفة، فأما إذا كانت الوكالة لازمة بحيث لا يقدر الموكل على عزله، لا يكون لبقاء الوكالة حكم الإنشاء، وكان الوكيل في هذه الوكالة بمنزلة المالك لما لم يملك الموكل عزله. ومن ملك شيئاً من جهة أحد، ثم جن المملك، فإنه لا يبطل ملكه. كما لو ملك عبداً، فكذا إذا ملك التصرف، وبهذا الطريق إذا جعل أمر امرأته بيدها، ثم جن الزوج، لا يبطل الأمر

ولفظ محمد في هذا : وإذا وكل الرجل وكيلاً في خصومة، أو بيع، أو شراء، أو شيء كان له أن يخرجه منه، ثم ذهب عقل الموكل زماناً دائماً، فقد خرج الوكيل من الوكالة، وهذا بمنزلة الموت، وأما ما لم يكن له أن يخرج منه، فلا يبطل مثل الأمر باليد، وقد اختلفت الروايات في حد الجنون المطبق. وروي عن محمد : أنه قدره بشهر، ثم رجع وقدره بالسنة الكاملة، وعن أبي يوسف أنه قدره بأكثر السنة، وإذا عرفت تفسير المطبق، فما دونه يكون غير المطبق.

وأما إذا جن الوكيل : فإن جن جنوناً مطبقاً، وصار بحال لا يعقل الإنابة والبيع

والشراء، يخرج عن الوكالة حتى لو باع أو اشترى، لا يجوز، فأما إذا كان يجن ويعقل الإنابة والبيع والشراء، بأن كان جنونه في شيء آخر، فإنه يبقى وكيلاً ولا ينعزل.

فرق بين هذا وبينما إذا جن الموكل جنونًا مطبقًا إلا أنه يعقل الإنابة والبيع والشراء، فإنه ينعزل الوكيل عن الوكالة، ويبقى الوكيل على وكالته فيما إذا كان يعقل الإنابة والبيع والشراء، فباع أو اشترى في حال جنونه، ذكر في «الأصل» أنه يجوز، قالوا: ما ذكر في «الأصل» محمول على ما إذا رضي الموكل بذلك، فأما إذا لم يرض بذلك لا يجوز تصرفه على الموكل؛ لأنه لو جاز، فالعهدة تلزم الوكيل، والموكل إنما رضي بتصرفه بشرط أن تكون العهدة على الوكيل؛ لأنه وكله بالتصرف وهو حر عاقل بالغ، والبالغ الحر العاقل إذا توكل عن غيره ببيع أو شراء، كانت العهدة عليه، فشرط رضى الموكل لهذا.

٦٦٩٦- وإذا وكل الرجل رجلاً ببيع عبد له، ثم إن الموكل باع العبد بنفسه.
فالأصل في جنس هذه المسائل: أن الموكل متى أحدث فيما وكل ببيعه تصرفًا قبل بيع الوكيل، إن كان تصرفًا يعجز الوكيل عن البيع، يخرج عن الوكالة، وإن كان تصرفًا لا يعجزه عن البيع، لا يخرج عن الوكالة؛ لأنه إذا عجز عن البيع فقد عجز عن الامتثال، وبالعجز عن الامتثال يخرج الوكيل عن الوكالة.

إذا ثبت هذا، فنقول: متى باع، أو وهب، أو تصدق وسلم، أو وطئ واستولد، فالوكيل يخرج عن الوكالة؛ لأن هذه التصرفات في العبد يعجز الوكيل عن البيع، ألا ترى أن الموكل بعد إحداث هذه التصرفات لا يقدر على البيع، فكذا وكيله. ولو وطئ ولم يستولد، أو استخدم، أو أذن له في التجارة، كان على الوكالة؛ لأن هذه التصرفات لا تعجز الوكيل عن البيع، ألا يرى أن الموكل بعد إحداث هذه التصرفات يقدر على البيع بنفسه، فكذا وكيله، وإذا رهن، أو آجر وسلم، ذكر في ظاهر الرواية: أنه لا يخرج عن الوكالة، وعن أبي يوسف: أنه يخرج.

٦٦٩٧- وإن باع الآمر العبد، أو باع الوكيل العبد، ثم رد عليه بالعيب بقضاء، فإن للوكيل أن يبيعه، وفيه نوع إشكال؛ لأن الوكالة قد انتهت نهايتها، أما بيع الوكيل فلأنه أمر بالبيع مرة واحدة، وقد باع مرة واحدة، فينتهي الأمر، وأما بيع الموكل فلأن

بيع الموكل في حق حصول المقصود، وهو الثمن بمنزلة بيع الوكيل، ثم الوكالة تنتهي ببيع الوكيل، فكذا ببيع الموكل.

والجواب: أن المقصود من الأمر بالبيع تحصيل الثمن على ما قلتم، ولكن هذا المقصود فات بالرد بالعيب، لا بصنع من جهة الآمر، وفوات ما هو المقصود من التصرف لا بصنع من جهة المتصرف يلحق التصرف بالعدم، فكأنه لم يوجد البيع أصلاً، وهناك إذا باعه الوكيل يجوز بيعه، وروى ابن سماعة عن أبي يوسف ومحمد: أنه ليس للوكيل أن يبيعه، ولو قبله الموكل بعد القبض بالعيب بغير قضاء، فإنه لا يعود وكيلاً؛ لأن الرد بعد القبض بغير قضاء بيع جديد في حق الثالث، فصار في حق الوكيل كأن الموكل اشتراه، وهناك لا تعود الوكالة؛ لأنه لم يعد إلى الموكل عين ما وكل ببيعه؛ لأن الملك يختلف حكماً لاختلاف السبب.

١٦١٩٣ - ولو أقاله المشتري، فليس للوكيل أن يبيعه إن كانت الإقالة بعد القبض؛ فلأنه بمنزلة الشراء الجديد في حق الثالث، وإن كانت الإقالة قبل القبض؛ فلأن الأمر قد انتهى نهايته بالبيع، والمقصود من البيع وهو الثمن وإن فات، ولكن من جهة الموكل، وفوات المقصود من التصرف من جهة المتصرف لا يلحق التصرف بالعدم.

١٦١٩٤ - فإن باعه الموكل، واشترط الخيار لنفسه ثلاثة أيام، ثم نقض، فللوكيل أن يبيعه وإن كان الموكل مختاراً في الرد متى كان الخيار له؛ لأن ما هو المقصود من البيع ههنا لم يحصل؛ لأن خيار البائع عند أبي حنيفة يمنع دخول الثمن في ملك البائع، وعندهما: البائع وإن كان يملك الثمن، ولكن ملكاً غير مستقر، وإذا لم يحصل ما هو المقصود من البيع لم ينته الأمر، فيبقى الوكيل على وكالته.

وكذلك لو كان الوكيل باعه، وشرط الخيار لنفسه، ثم نقض البيع، وكذلك إذا كان الخيار للمشتري؛ لأن خيار المشتري يمنع دخول الثمن في ملك البائع بالإجماع، فلم يحصل المقصود من البيع، فلم ينته الأمر نهايته.

وإن مات المشتري بعد ما باعه الموكل أو الوكيل بيعاً باتاً، فورثه الموكل، لا يعود وكيلاً؛ لأن المقصود قد حصل من البيع، وهو الثمن، وانتهى الأمر، ولم يفت المقصود بالوراثة بعد ذلك أصلاً، فلا يعود الأمر.

١٦١٩٥ - وفي نوادر ابن سماعة: رجل أمر رجلاً أن يزوّجه امرأة بعينها، ثم إن الموكل تزوج أمها أو أختها، فقد خرج الوكيل عن الوكالة على وجه لا يعود وكيلاً إلا بتجديد الوكالة، حتى لو طلقها بعد ما تزوجها أو بانت منه، فزوجها الوكيل من المرأة التي أمره بتزويجها إياه لا يجوز. وفيه أيضاً: إذا وكله أن يزوجه امرأة بعينها، ثم إن الموكل تزوج تلك المرأة بنفسه، ثم طلقها، ثم زوجها الوكيل إياه لم يجز.

وكذلك لو أمره أن يشتري له عبداً بعينه، ثم اشتراه الآمر بنفسه، ثم باعه، ثم اشتراه المأمور للآمر، لم يجز. وفي "المنتقى": رجل وكل رجلاً أن يزوجه امرأة بعينها، ثم ارتدت المرأة، ثم أسلمت، فزوجها الوكيل منه جاز، وذكر هذه المسألة في "المنتقى" أيضاً بطريق الاستشهاد، وقال: لا يجوز.

١٦١٩٦ - وفي "الأصل": وكلت المرأة رجلاً أن يزوجها من رجل، ثم إن المرأة تزوجت بنفسها، فقد خرج الوكيل عن الوكالة علم أو لم يعلم، وكذلك لو ارتدت، ولحقت بدار الحرب أو لم تلحق.

وفي "القدوري": الوكيل على وكالته حتى يموت، أو يلحق بدار الحرب. وفي وكالة "المنتقى": إذا وكله أن يبيع عبده، ثم إن الموكل وهبه بنفسه، ثم رجع في هبته لم يكن للوكيل أن يبيعه مرة أخرى. قال محمد: ولا يشبه هذا البيع، يريد به على ظاهر الرواية، فإن في ظاهر الرواية إذا رد العبد على الموكل بالعيب بقضاء، فللوكيل أن يبيعه.

١٦١٩٧ - وفي "جامع الأصغر": رجل وكل رجلاً أن يزوجه فلانة، فذهب الوكيل، ووجدها قد تزوجت بغيره، ففعل ودخل، ومضى على ذلك زمان، وجاءت بالأولاد، ثم طلقها، وانقضت عدتها، فزوجها من الموكل، فالعقد جائز.

١٦١٩٨ - وإذا وكل الرجل ببيع أو شراء، أو ما أشبه ذلك، ثم ارتد الموكل، فالوكالة موقوفة عند أبي حنيفة، إن أسلم الموكل نفذت، وإن قتل أو لحق بدار الحرب بطلت، وعندهما: الوكالة نافذة.

١٦١٩٩ - وإذا باع الموكل العبد الموكل ببيعه بنفسه، ولم يعلم الوكيل ببيع الموكل، فباعه الوكيل، وقبض الثمن، وهلك في يده، فالمشتري يرجع على الوكيل بالثمن، وللوكيل أن يرجع على الموكل بذلك؛ لأنه مغرور من جهته، وكذلك لو دبره

الموكل، ثم استحق، أو وجد حرًا كان للوكيل أن يرجع عليه. وكذلك لو عزل الموكل الوكيل، ولم يعلم به الوكيل حتى باع العبد، وباقي المسألة بحالها، فللوكيل أن يرجع على الموكل.

١٦٢٠٠ – وفي «نوادر عيسى بن أبان» عن محمد: رجل أمر رجلاً أن يبيع داره، ثم إن الآمر باع الدار، ثم هدمها المأمور قبل التسليم، ولم يعلم ببيع الآمر، فللمشتري أن يضمن الهادم قيمة البناء؛ لأن الوكيل بالبيع خرج عن الوكالة في هدمها، ولا يرجع المأمور على الآمر بما غرم؛ لأنه لم يغره فيه من قبل أنه قد كان مالكًا حين دفعها، وهذه الرواية تخالف الرواية في المسائل المتقدمة.

١٦٢٠١ – ولو وكل رجلاً بقبض دين له على رجل، ثم إن الموكل وهب الدين من المديون، والوكيل لا يعلم، فقبض الوكيل الدين، وهلك في يده، فإن للمديون أن يأخذ به الموكل، ولا ضمان على الوكيل؛ لأن الوكيل نائب في القبض؛ لأنه يقبض باعتبار الأمر، لا باعتبار عقد وجد منه، فكانت يده بمنزلة يد الآمر، ولو كان الآمر قبض بنفسه بعد ما وهب، يرجع عليه.

١٦٢٠٢ – وإذا أمر الرجل رجلاً ببيع عبد له، ثم مات العبد، أو مات الآمر، ولم يعلم به الوكيل حتى باع وقبض الثمن، وهلك عنده ضمن الوكيل الثمن، ولم يرجع على الآمر إن كان العبد قد مات، ولا في تركة الموكل إن كان الموكل قد مات؛ لأن الغرور لا يتحقق منه بعد الموت، وأما إذا مات العبد فقد فات المحل الذي تناوله الوكالة، فلا يتحقق الغرور فيه، وليس كذلك بيع الحر، يريد به إذا باع الوكيل العبد الذي وكل ببيعه، ثم ظهر أنه حر؛ لأن هناك من يقع الإشارة إليه، فيتحقق الغرور.

١٦٢٠٣ – وفي «طلاق الأصل»: إذا وكل الرجل أن يطلق امرأته، ثم طلقها الزوج بنفسه قبل طلاق الوكيل، فهذا لا يكون عزلاً للوكيل، ويقع طلاق الوكيل عليها ما دامت في العدة، وبعدما انقضت العدة لا يقع طلاق الوكيل عليها إن تزوجها الزوج أو لم يتزوج. وفي آخر وكالة «شرح القدوري»: إذا وكل الرجل غيره بالطلاق، ثم طلق الموكل بنفسه، خرج الوكيل من الوكالة، قال ثمة: وهذا محمول على أن الموكل طلق ثلاثًا، أو انقضت العدة؛ لأنه لم يبق هناك طلاق يقع بتصرف الوكيل، أما إذا طلق

واحدة وهي في العدة، فتصرف الوكيل غير متعذر بأن يوقع الباقي. وكذلك لو قال له: اخلعها ثم خلعها الآمر خرج الوكيل عن الوكالة؛ لأن الخلع بعد الخلع لا يصح، فتعذر التصرف على الوكيل.

١٦٢٠٤ - وإذا وكل رجلا ببيع دار له، فبنى فيها بناءً، فهو رجوع عن الوكالة في قول أبي حنيفة ومحمد، وإن جصصها، فليس برجوع استحسانًا. قال محمد: والوصية عندي نظير الوكالة، وإذا وكل ببيع أرضه، ثم غرس فيها نخلا أو أشجارًا، فهو رجوع عن الوكالة، ولو زرع فيها زرعًا، فليس برجوع عن الوكالة، وللوكيل أن يبيع الأرض دون الزرع. ولو أمره بشراء دار وهي أرض بيضاء فبنيت، فاشتراها الوكيل لم يجز على الآمر، ولو كانت مبنية، فزاد فيها حائطًا، أو جصصها، أو طينها، فهو جائز، وكذلك الوكالة بالبيع في هذه الدار.

١٦٢٠٥ - وفي نوادر إبراهيم عن محمد: إذا أمر رجلا أن يشتري له أرضًا بيضاء، فبنى فيها صاحبها، ثم اشترى للمأمور قال: البناء للوكيل، والأرض للآمر بحصتها. ولو قال: اشتر لي هذه الأرض البيضاء، أو هذا القراح أو قال بعضه، ثم غرس نخلا، أو اتخذ حمامًا أو بستانًا، لم يجز على الآمر فيه بيع ولا شراء. وكذلك إذا زرعت ولو كان بستانًا أو حمامًا، فقال: بعه، أو قال: اشتره لي، ثم زيد فيها غرس أو شجر، فالبيع والشراء في هذا جائز على الآمر.

١٦٢٠٦ - ولو أمره بشراء حنطة بعينها، أو ببيعها فطحنت، بطل التوكيل، ولو أمره ببيع لبن حليب فحمض، فباعه جاز إلا في الزبد الذي خرج منه، هذه الزيادة من البقالي. ولو أمره بشراء حليب، فاشتراه بعد ما حمض، لم يجز إذا كان سمّى الآمر هذا اللبن الحليب، وإن لم يكن سمّى له الحليب جاز شراؤه. ولو أمره بشراء سويق بعينه، فلت بسمن أو زيت أو حلي بعسل أو سكر لم يجز الشراء على الآمر، والبيع يجوز. ولو أمره بشراء سمسم بعينه، فربي بعد ذلك بنفسج أو خيري، لم يجز الشراء، والبيع يجوز.

١٦٢٠٧ - ولو أمره بشراء ثوب أبيض بعينه، أو ببيعه، فصبغ لم يجز الشراء على الآمر، فالبيع يجوز، وكذا إذا لم ينسبه إلى البياض في الأمر، لكن أشار إليه، ثم صبغ

بعد ذلك يجوز البيع، ولا يجوز الشراء، وإذا وكله ببيع وصيفة أو شرائها، فصارت عجوزاً، فباع بعد ذلك أو اشترى يجوز، وكذلك الحمل والجدي إذا كبرا في البيع والشراء، هذه الجملة من المنتقى. وفي البقالي: أنه لا يجوز البيع والشراء في الحمل والجدي والوصيف، بخلاف ما ذكر في المنتقى، وفي الزيادات على نحو ما ذكر في المنتقى. وإذا وكله ببيع الكفرى الذي في نخيله أو بشراء الكفرى الذي في نخل فلان، فصار الكفرى بسراً أو رطباً أو تمراً بطلت الوكالة لتغير الاسم.

وفي وصايا الزيادات: وكله ببيع البسر فإذا صار رطباً بطلت الوكالة في البيع والشراء، وإذا صار بعض البسر رطباً، بطلت الوكالة فيما صار رطباً في البيع والشراء، ولم تبطل فيما بقي بسراً إلا إذا كان الذي صار رطباً شيئاً قليلاً كرطبين أو ثلاثة، فحينئذ تبقى الوكالة في الكل، والرطب إذا صار تمراً لم تبطل الوكالة في البيع والشراء استحساناً، بخلاف العنب إذا صار زبيباً والبسر الصغير إذا كبر لا تبطل الوكالة في البيع والشراء.

الفصل السادس عشر

في جمع الوكيل بين ما أمر به وبين غيره وفي جمعه بين ما أمر به من جهة شخصين في العقد وفي الزيادة من الوكيل

١٦٢٠٨- وفي "نوادر المعلّى" عن أبي يوسف: رجل أمر رجلاً أن يشتري له نصف دار بعينها، فاشترى له نصفها بمائة، ثم إن المأمور اشترى الدار كلها للآمر من البائع بمائة وخمسين، فإن الدار بين المأمور وبين الآمر نصفين نصفها للآمر بخمسة وسبعين، ونصفها للمأمور بمثل ذلك.

١٦٢٠٩- وفي "نوادر ابن سماعة" عن محمد: رجل دفع إلى رجل عبداً وأمره أن يشتري له به جارية بعينها، فاشترى المأمور له به تلك الجارية، وجارية أخرى معها، وقيمة الجاريتين على السواء، قال: إن أجاز الآمر ما صنع المأمور كانت الجارية التي أمر بشرائها للآمر، والأخرى للمأمور، وعلى المأمور نصف قيمة العبد للآمر، فإن لم يجز الآمر ما صنع المأمور من ذلك، بطل بيع الجارية التي لم يأمر بشرائها، وكان بائع الجاريتين بالخيار إن شاء سلّم الجارية التي أمر بشرائها للآمر، وأخذ نصف العبد، وإن شاء نقض العقد فيها، وذكر هذه المسألة في "المنتقى" وفرع كلها تفريعاً. ولو كان المأمور اشترى الجارية التي أمر بشرائها بالعبد كما أمر، ثم إن بائع الجارية زاد في المبيع بعد ذلك جارية قيمتها مثل قيمة الأولى، وقبل المأمور ذلك، فذلك جائز، والعبد سالم لبائع الجاريتين، والجارية الأولى للآمر، والجارية الزائدة للمأمور، وعلى المأمور نصف قيمة العبد للآمر، ولا خيار للآمر في شيء ذلك.

وعلى هذا إذا دفع إلى رجل ألف درهم، وأمره أن يشتري له بها كرّاً من طعام، فاشترى له بالمائة كرّ كما أمره به، ثم إن المشتري زاد البائع في الثمن خمسين درهماً على إن زاده البائع كرّاً آخر من الطعام، فالكرّ الأول للآمر، والكرّ الزيادة[1] للمشتري، ويضمن المشتري للآمر خمسة وعشرين درهماً، فإن كان المشتري زاد البائع مائتي درهم

(١) هكذا في ظ و م وف، وكان في الأصل: الزائدة.

على أن زاده البائع كراً آخر من الطعام ، فالكرّ الأول للآمر ، والكرّ الزيادة للمشترى ، وهو متطوع فيما زاد من الثمن ، ولا يرجع على الآمر بشيء مما زاد قد ذكر بعض مسائل الزيادة في فصل التوكيل بالبيع ، وفي فصل التوكيل بالشراء .

١٦٢٦١- وفي "نوادر هشام" قال : سمعت محمداً يقول : في رجل أمره رجل أن يشتري له ثوباً بعشرة دراهم ، وسمى نوعه وصفته ، ورجل آخر أمره بمثل ذلك ، فاشترى المأمور ثوبين صفقة واحدة بعشرين درهماً ، قال : إن لم ينو حين اشترى أن هذا لفلان وهذا لفلان ، فالشراء لنفسه ، وإن نوى أن هذا لفلان وهذا لفلان يقسم الثمن على قيمتهما ، فإن أصاب كل ثوب عشرة ، فهو جائز ، وإن أصاب أحدهما أكثر من عشرة ، وإن أصاب الآخر أقل من عشرة ، فالذي أصابه أكثر من عشرة لا يلزم الآمر ، والذي أصابه أقل من عشرة يلزم الآمر إن كان لا يصاب بعشرة خيراً منه .

الفصل السابع عشر
في توكيل الأب والوصي في أمور اليتيم

١١٦٢١١ - قال محمد : الأب إذا وكل رجلا ببيع شيء لابنه الصغير ، أو شراء شيء له ، أو بالخصومة ، فهو جائز ، وإن كان الأب في معنى الوكيل بالتصرف في مال الصغير . وفرق بين الأب وبين الوكيل الخاص ، فإن الوكيل الخاص لا يملك . والوجه في ذلك : أن الأب فوض إليه التصرف في مال الصغير على سبيل العموم والمفوض إليه التصرف في مال الغير[1] على سبيل العموم كما يملك المباشرة بنفسه يملك التفويض إلى غيره ، كالمضارب ، وهذا لأن التفويض إذا كان عامًا كان المفوض إذنًا للمفوض إليه بتفويض بعض ما فوض إليه إلى غيره دلالة لعلمه أن المفوض إليه ، لا يمكنه إقامة الكل ، ولو أذن له بذلك نصًا بأن قال : ما صنعت من شيء ، فهو جائز يملك التفويض إلى غيره ، فكذا إذا ثبت الإذن دلالة .

والجواب في وصي الأب إذا وكل غيره بشيء من أمور اليتيم نظير الجواب في الأب لكون الوصي قائمًا مقام الأب ، فإن بلغ الصبي قبل أن يصنع الوكيل شيئًا من ذلك انعزل الوكيل عن الوكالة ، ووكيل الأب ووكيل الوصي على السواء ؛ لأن الوكيل يكمل بطريق النيابة عن الموكل ، وقد زال ولاية الموكل عن الصغير ، فتزول ولاية الوكيل ضرورة ، وهذا بخلاف ما لو أذن الأب ، أو الوصي لعبد الصغير في التجارة ، ثم بلغ الصبي ، فإنه لا ينحجر العبد ، والوجه في ذلك : أن الأب فيما يتصرف للصغير نائب من وجه من حيث إنه وجدت النيابة حكمًا ، وكالأصيل من وجه من حيث إنه لم يوجد النيابة من جهة الصغير على الحقيقة ، فعملنا بجهة الأصالة في الوكيل ، فعزلناه بزوال ولاية الموكل ، وعملنا بجهة النيابة في إذن العبد ، فلم ينحجر بزوال ولاية الإذن عملا بالشبهين جميعًا .

---

(١) وفي الأصل : الصغير .

الفصل الثامن عشر
في الاختلاف الواقع بين الوكيل والموكل

١٦٢١٢- قال محمد في «الجامع الصغير»: في رجل يقول لرجل: أمرتك أن تبيع عبدي بالنقد، فبعته بالنسيئة، وقال المأمور: لا، بل أمرتني بالبيع، ولم تقل شيئاً، فالقول قول الآمر؛ لأن الأمر يستفاد من جهته، ألا ترى أن الآمر لو أنكر أصلاً، كان القول قوله، فكذا إذا أنكر الأمر بنوع النقد. وقال: في المضارب إذا قال له رب المال: أمرتك بالنقد، وقال المضارب: بل دفعت مضاربة ولم تبين[1] شيئاً، فالقول قول المضارب؛ لأن الأصل في المضاربة هو الإطلاق والعموم، ألا ترى أن له أن يبضع ويودع ويوكل، وألا ترى أنه صحت المضاربة عند الإطلاق وعند الإطلاق يثبت الإذن مطلقاً، فكان القول قول من يتمسك بالأصل بخلاف الوكالة؛ فإن الإطلاق والعموم ليس فيها بأصل، ألا ترى أنه لا يودع ولا يوكل، وإذا باع لا يشتري حتى إن في المضاربة لو سقط اعتبار العموم والإطلاق باتفاقهما، بأن كان رب المال يدعي المضاربة في نوع مسمى، والمضارب يدعي ذلك في نوع آخر، فالقول قول رب المال، ويصير المضارب نظير الوكيل.

١٦٢١٣- وفي «المنتقى»: ابن سماعة في «نوادره» عن محمد: إذا قال لغيره: أمرتك أن تبيع عبدي على أن لي فيه الخيار، وقال المأمور: لم تأمرني أن أشترط ذلك الخيار، فالقول قول المأمور، وكذلك لو قال: أمرتك أن تبيع بيعاً فاسداً.

١٦٢١٤- قال في «الجامع الصغير» أيضاً: وإذا دفع إلى رجل ألف درهم، وقال: اشتر لي بها جارية، فاشترى، فقال الآمر: اشتريتها بخمسمائة، وقال المأمور: اشتريتها بألف، فالقول قول المأمور، قالوا: وهذا إذا كانت الجارية تساوي ألفاً، فأما إذا كانت الجارية تساوي خمسمائة لا يقبل قول المأمور على الآمر، وهذا لأن الأمر تناول جارية تشترى بألف درهم، والمأمور بشراء جارية تشترى بألف درهم، لا يملك شراء

---

(١) هكذا في ط، وفي الأصل: ولم يبين.

جارية تساوي خمسمائة، فهذا الشراء لا يصلح أن يكون وفاقاً للموكل، سواء اشتراها بألف أو خمسمائة، وأما شراء الجارية تساوي ألفاً يصلح أن يكون وفاقاً للموكل، سواء اشتراها بألف أو خمسمائة، إلا أن الآمر يدعي لنفسه حق الرجوع على المأمور بخمسمائة؛ لأنه نقد له الألف، ويزعم أن الشراء وقع بخمسمائة، وأن له حق الرجوع بالخمسمائة الباقية، والمأمور ينكر هذا، فهذا هو حاصل اختلافهما، والقول قول المنكر في الشرع.

فإن لم يكن دفع الألف إليه، وباقي المسألة بحالها، فالقول قول الآمر، ويلزم الجارية المأمور، وأما إذا كانت الجارية تساوي خمسمائة؛ لأن هذا الشراء لا يصلح أن يكون وفاقاً للآمر اشتراها بألف أو خمسمائة، فلا يقبل قول المأمور فيه على الآمر، فيلزم المأمور، وأما إذا كانت الجارية تساوي ألف درهم؛ لأن المأمور يدعي الرجوع عليه بألف درهم، وهو يقر بخمسمائة، وينكر الزيادة عليها، والقول قول المنكر في الشرع، وقوله في الكتاب: ويلزم الجارية المأمور، يعني بعد التحالف؛ لأن في هذه الصورة يجب التحالف؛ لأن هذا الشراء يصلح أن يكون وفاقاً للموكل؛ لأنه اشترى جارية تساوي بألف، كما أمره به، لكن وقع الاختلاف بين الآمر والمأمور في مقدار الثمن، وفي مثل هذا يجب التحالف، وهذا لما عرف أن الوكيل بالشراء مع الموكل بمنزلة البائع مع المشتري، فهذا اختلاف وقع بين البائع والمشتري في مقدار الثمن، وأنه يوجب التحالف، وإذا تحالفا، فالقاضي يفسخ العقد إذا طلبا، أو طلب أحدهما، وعند ذلك يلزم الجارية المأمور.

٦٦٢٤٥ - ولو وكله أن يشتري له جارية بعينها، فاشتراها، ثم وقع الاختلاف بين الوكيل وبين الآمر، فقال الوكيل: أمرتني بالشراء بألف، وقد اشتريتها بألف كما أمرتني، وقال الآمر: أمرتك بالشراء بخمسمائة، وقد اشتريتها بألف، فصرت مشترياً لنفسك، فالقول قول الموكل، ولا يتحالفان. فالأصل في جنس هذه المسائل أن الوكيل مع الموكل إذا اتفقا على وقوع الشراء للموكل، ثم اختلفا في مقدار ثمنه، فإنهما يتحالفان، كما لو وقع الاختلاف بين البائع والمشتري، وإذا اختلفا في وقوع الشراء للموكل، فإنهما لا يتحالفان، ويكون القول قول الموكل مع يمينه كما في هذه المسألة، فإن الوكيل يقول للموكل: صرت مخالفاً بالشراء بألف لما أمرتك بالشراء بخمسمائة،

فلم يقع الشراء لي ، والوكيل يقول : أمرتني بالشراء بألف ، وقد اشتريته كذلك ، فوقع الشراء لك ، وفي مثل هذا لا يتحالفان .

١٦٢٦٦ - وفي "المنتقى" : الوكيل بشراء عبد بعينه بألف إذا اشترى ذلك العبد ، فقال الآمر : اشتريته بخمسمائة ، وقال المأمور : اشتريته بألف ، فالقول قول الوكيل ، ولو لم يكن أمره بشراء عبد بعينه ، فالقول قول الآمر .

قال محمد : وأما نحن فنرى أن يلزم الموكل في الذي بعينه والذي بغير عينه إن اشتراه بما يتغابن الناس فيه ، وأما البينة فالبينة بينة الوكيل في ظاهر الرواية ، والبينة بينة الموكل في رواية ابن سماعة عن محمد .

١٦٢٦٧ - وإذا وكل رجلاً بشراء عبد هندي بكذا ، فاشترى الوكيل عبداً هندياً كما أمره به ، وجاء بالعبد إلى الموكل ، فقال الموكل : هذا عبدي وقد كان فلان غصبه مني ، وقال الوكيل : هذا عبد فلان ، وقد اشتريته لك ، فهذا على وجهين : إن كان الثمن مدفوعاً إلى الوكيل لا يقبل قول الموكل ؛ لأنه يريد استرداد الثمن من الوكيل ، وإن لم يكن الثمن مدفوعاً إلى الوكيل ، فالقول قوله في أن لا يكون للوكيل حق الرجوع بالثمن عليه ما لم يقم البينة على ما ادعاه ؛ لأن حاصل اختلافهما في الرجوع على الموكل بالثمن وعدم الرجوع ، فالوكيل يقول : هذا عبد فلان ، وقد اشتريته لأجلك ، وثبت لي حق الرجوع عليك بالثمن ، والموكل ينكر ذلك ، وإن أقام الوكيل بينة على دعواه ، فقد تقرر دعواه بحجة ، وإن أقام الموكل بينة أن العبد عبده ، فبينة الوكيل أولى ؛ لأنها تثبت زيادة وهي الرجوع على الموكل بالثمن .

١٦٢٦٨ - وفي "فتاوى أبي الليث" : رجل وكل رجلاً أن يشتري له أخاه ، فاشترى الوكيل وجاء به ، فقال الموكل : هذا ليس بأخي ، وقال الوكيل : لا ، بل هذا أخوك ، فالقول قول الموكل مع اليمين ؛ لأنه أنكر لزوم العقد في هذا العبد المعين ، ويلزم العبد للوكيل ، ويعتق عليه بإقراره ؛ لأن في زعم الوكيل أن هذا أخو الموكل ، وإن شراءه نفذ عليه ، وعتق العبد عليه ، فصار مقراً بحريته ، وهو في ملكه ، فعتق عليه .

١٦٢٦٩ - في "المنتقى" : رجل دفع إلى رجل ألف درهم وأمره أن يشتري له بها عبداً ، فجاء بعبد ، وقال : قد اشتريته من هذا بألف درهم ، وقال الآمر : لم تشتره ، وقد

أخرجتك من الوكالة، فلا تشتر لي شيئًا، فالقول قول المأمور، وكذلك لو قال: قد اشتريت لك من هذا عبدًا وقبضته، فمات، فهو جائز، ويدفع إليه الألف؛ لأنه أمر له بدين له في هذه الألف، وقد جعله أمينًا فيها.

ولو قال: قد اشتريت لك بالألف عبدًا من رجل، ولم يسمه، ولم ينسبه إلى أمر يعرفه، وقال له الآمر: لم تشتر لي شيئًا، وقد أخرجتك من الوكالة، فلا تشتر لي شيئًا كان خارجًا من الوكالة، ولا يصدق على أن يقر برجل بعينه بعد هذه.

١٦٦٢٠- وفيه أيضًا قال محمد: امرأة وكلت رجلًا أن يزوجها من شاء، فجاء من الغد، وقال: قد زوجتك من هذا الرجل أمس، وصدقه ذلك الرجل، وقالت المرأة: ما زوجتني، ولا تزوجني من أحد، لا يصدق الوكيل على ذلك. وهذا لأن الوكيل في باب النكاح كالوكيل بالطلاق المفرد، والرسالة لنقل العبارة من المرسل، فصار الوكيل بهذه التصرفات مأمورًا بنقل عبارة المرسل لا غير، والحكاية ليس من النقل في شيء.

١٦٦٢١- وذكر في "كتاب العلل": قد من وكل رجلًا بعتق عبده، فقال الوكيل: أعتقته أمس وقد وكله بذلك قبل أمس، لا يصدق الوكيل على ذلك من غير بينة، ولو كان ذلك في بيع، أو نكاح، أو عقد من العقود يصدق. قال ثمة: ألا ترى أن في الوكيل بالبيع والنكاح لو عقد رجل آخر، وأجاز الوكيل عقده جاز، وفي الطلاق والعتاق لو فعل غير الوكيل ذلك، وأجاز الوكيل لا يجوز.

وأراد بما قال -والله أعلم-: إن الوكيل بالطلاق والعتاق رسول؛ لأن العمل بحقيقة الوكالة في الطلاق متعذر؛ لأن التوكيل تفويض الرأي إلى الوكيل، وجعله بمنزلة المالك، وتفويض الرأي إلى الوكيل وجعله بمنزلة المالك إنما يحتاج فيه إلى الرأي، والطلاق المفرد والعتق المفرد لا يحتاج فيهما إلى الرأي، فتعذر العمل بما يقتضيه حقيقة الوكالة، فجعلناه مجازًا عن الرسالة؛ لأن الوكالة تتضمن معنى الرسالة، والرسالة لنقل عبارة المرسل، فصار المأمور مأمورًا لنقل عبارة المرسل لا غير، والحكاية عن عتق ماض وطلاق ماض ليست من النقل في شيء، فلا يملك الحكاية. ألا ترى أن غيره لو باشر ذلك العقد، وأجاز المأمور لا يجوز؛ لأنه مأمور بالنقل، والإجازة ليست من النقل في شيء، وأما في النكاح والبيع العمل بحقيقة الوكالة ممكن؛ لأن البيع والنكاح مما يحتاج

فيهم إلى الرأي، فاعتبر المأمور وكيلاً، والوكيل بمنزلة المالك من حيث إن الرأي مفوّض إليه كما هو مفوّض إلى المالك، والمالك كان يملك مباشرة البيع والنكاح، ويملك الإخبار عن بيع ماضٍ وعن نكاح ماضٍ، فكذا الوكيل يملك ذلك، ألا ترى أن غير الوكيل لو باشر النكاح أو البيع، فأجاز الوكيل جاز، فكذا إذا حكى عن نكاح ماضٍ يجوز حكايته، وفي وكالة "العيون" على نحو ما ذكرنا في "كتاب العلل"، ومسألة "العيون" مذكورة قبيل هذا في الفصل الثالث عشر، فالحاصل أن على رواية "المنتقى": الوكيل بالنكاح مصدق، وعلى رواية "كتاب العلل" و"العيون": ليس بمصدق.

١٦٢٢٢- وفي "نوادر ابن سماعة" عن أبي يوسف: في رجل قال: اشتريت هذا العبد بألف درهم من مال فلان، فقال فلان: أنا أمرتك بذلك. وقال الآخر: ما أمرتني، ولكن غصبتك الألف، واشتريت بها هذا العبد، فالقول قول صاحب الألف، قال: أرأيت لو أودعه قفيز دقيق فخبزه، فقال: أنا أمرتك بخبزه أما كان القول قوله.

١٦٢٢٣- وفي "المنتقى" عن محمد: رجل أمر رجلاً ببيع داره، فقال المأمور: بعتها بكذا، وقبضت الثمن وضاع، ولم يكن الآمر دفع الدار إليه، وقال الآمر: لم تقبض الثمن، فالقول قول الآمر؛ لأن الآمر لم يأمنه على الدار، فلم يدفع الدار إليه. فإن كان دفعها إليه، فالقول قول المأمور. وعن أبي يوسف: مثل هذا في العبد أمر صاحبه رجلاً ليبيعه، ودفع العبد إليه، فقال المأمور: بعت فلاناً بكذا، وقبضت الثمن، وصدقه فلان، وكذبه الآمر، فالوكيل مصدق على ذلك إلا في تضمين الآمر الثمن بعيب أو استحقاق، ولو لم يكن صاحب العبد دفع العبد إليه، وباقي المسألة بحالها، لم يصدق الوكيل ولم ينفذ البيع في العبد بعد أن يحلف الآمر على البيع، وهلاك الثمن على العلم، وعلى وصول الثمن إليه على البتات.

١٦٢٢٤- وفي "نوادر هشام" عن محمد: رجل قال لغيره: إن فلاناً قال لي: أقرضتك ألف درهم، وقد وكلناك بقبضها منه لي، فقال الوكيل بعد ذلك قبضت وصدقه المقرض، وكذبهما الموكل في ذلك، فالقول قول الموكل.

١٦٢٢٥- قال هشام: سمعت محمداً يقول: في رجل له على رجل ألف درهم، فقال: من له الألف لمن عليه الألف: ادفعها إلى فلان، ثم قال من له بعد ذلك.

لا تدفعها إليه، فقال من عليه: قد كنت دفعته إليه، وصدقه المدفوع إليه، فهو جائز، والغريم بريء».

١٦٢٢٦- وفي «المنتقى»: أمر رجلاً أن يبيع عبده ودفع العبد إليه، ثم وجد العبد في يدي رجل، فقال الوكيل: بعته منه، وصدقه الذي في يديه، وكذبهما الموكل، فله أن يأخذ العبد ولا يصدق على أن يضمن الوكيل إن هلك بعد ذلك في يد الرجل.

١٦٢٢٧- وإذا وكل الرجل رجلاً ببيع عبد له، فقال الآمر: قد أخرجتك من الوكالة، فقال الوكيل: قد بعته أمس، لم يصدق الوكيل، وقد خرج الوكيل عن الوكالة، قالوا: هذا إذا كان الشيء قائماً بعينه، فأما إذا كان هالكاً، فالقول قول الوكيل مع يمينه.

والفرق بينهما إذا كان ذلك الشيء قائماً، وبينه إذا لم يكن أنه إذا كان هالكاً، فحاصل اختلافهما في إيجاب الضمان على الوكيل، لا في زوال ذلك الشيء عن ملك الموكل وبقاءه على ملكه؛ لأنه بالهلاك زال عن ملكه باتفاقهما، وإنما حاصل اختلافهما في إيجاب الضمان على الوكيل، الموكل يقول للوكيل: بعت وسلمت بعدما عزلتك عن الوكالة، فصرت ضامناً، وأنكر الوكيل ذلك، والضمان كان منتفياً عن الوكيل في الأصل؛ فإنه لو كان أميناً، فهو ينفي الضمان بتمسك بما هو الثابت في الأصل، فيجعل القول قوله حتى يثبت غيره، وأما إذا كان الشيء قائماً، فالملك فيه باقٍ.

حاصل اختلافهما إنما وقع في زواله عن ملك الموكل وبقاءه على ملكه، فالوكيل يدعي زواله عن ملكه، والموكل يدعي بقاءه على ملكه؛ فكان الموكل فيما يدعي متمسكاً بما هو الأصل، فيكون القول قوله.

ونظير هذا ما قال محمد في كتاب الإقرار وغيره: أن الوكيل بالبيع إذا ادعى أنه كان باع قبل[1] موت الموكل، وأنكرت الورثة ذلك، قال: إن كان الشيء قائماً، فالقول قول الورثة، وإن كان هالكاً، فالقول قول الوكيل، وكما أن الوكيل ينعزل بعزل الموكل، ينعزل بموته، فكان جواب ذكره في الموت يكون ذكراً له هو.

١٦٢٢٨- وفي «نوادر ابن سماعة» عن محمد: رجل له على رجل ألف درهم،

---

(١) هكذا في ظ، وكان في الأصل: وقت، وهو خطأ.

فأمره أن يشتري له بها عبداً، فقال المأمور: قد اشتريت لك عبداً من فلان وقبضته، ودفعت الثمن إليه، ومات العبد في يدي، فقال الآمر: قد اشتريته، ولكنه مات في يد البائع، ولم تدفع إليه الثمن، فالقول قول الآمر.

ولو قال المأمور: قد اشتريت لك من فلان عبداً، فلم أقبضه حتى مات عنده، وقال الآمر: قد اشتريته، وقبضته، ومات عندك لم أجز إقرار الآمر على المأمور في هذا الأمر، وأمرت الآمر بدفع الثمن إلى البائع، وأحلت العهدة عليه.

وفي المنتقى: قال لغيره: أعتق عبدي على ألف درهم، واقبضها وادفعها إليّ، أو قال: اخلع امرأتي على ألف درهم، واقبضها وادفعها إليّ، فقال الوكيل بعد ذلك: قد فعلت ذلك، وقبضت الألف، ودفعتها إلى الآمر، وكذبه الآمر، فإن الوكيل يصدق في قوله: أعتقت وخالعت، ولا يصدق في قوله: قبضت الألف، وإن قال بعد إثبات العتق والخلع قبضت، ودفعت إليك، فإني أصدقه.

١٦٢٣٠ – ولا تجوز شهادة ذميين على توكيل المسلم مسلمًا أو ذميًا في قبض دينه من مسلم أو ذمي لقيامها على المسلم، فإن كان الطالب والمطلوب ذميين جازت؛ لأنها على الذمي، فإن كان المطلوب مسلمًا، فإن أنكر الوكالة والدين جميعًا، أو الوكالة وحدها، لم تقبل لقيامها على المسلم.

١٦٢٣١ – طالب ذمي، شهد مسلمان أنه وكل هذا المسلم بقبض دينه الذي على هذا، والمطلوب مقر بالدين، وشهد ذميان أنه عزله، ووكل هذا الآخر، لم يجز على الوكيل؛ لأنه مسلم، وشهادة الكافر على المسلم لا تقبل، وإن كان ذميًا قبلت.

١٦٢٣٢ – وإن كان المطلوب غائبًا، فادعى الطالب في داره حقًا، وجاء ابنا المطلوب، فشهدا أن المطلوب وكل هذا بالخصومة في هذه الدار، والوكيل يجحد أو الطالب، يقبل؛ لأنهما شهدا لأبيهما من وجه لإثبات نائب عنه يعمل له، والمطلوب إذا دفع الدين إلى إنسان، وادعى أنه وكيل الطالب بقبضه، ثم قدم الطالب فجحده، وشهد للمطلوب ابنا الطالب بالوكالة جازت؛ لأنهما شهدا على أبيهما، ولو كان وكيل الطالب يدعي الوكالة، والمطلوب يجحد، فشهد ابنا الطالب بالوكالة لم يقبل؛ لأنهما شهدا لأبيهما سواء كانت الوكالة بالخصومة فيه، أو بقبض الدين أو بقبض العين، فإن أقر المطلوب بالوكالة في الدين، يؤمر بدفع الدين إلى الوكيل لإقراره على نفسه، ولو كان بالخصومة لم يجبر بإقراره، والحاصل أنهما يتفقان لتقرر الوكيل أنه لا حق له، فيتلف على الموكل، فيبطل حقه، ويتضرر به.

وإن كان ادعى قبض العين، فعن محمد أنه يصح، ويؤمر بتسليمه إليه؛ لأنه أقر بما في يده فيصح في الحال، وقد ذكرنا هذه المسألة فيما تقدم، وإن حضر الغائب وأنكر يؤمر برده عليه، ولا يعتبر إقراره عليه، كالمقر بشراء الدار من فلان الغائب إذا طلبه الشفيع بالتسليم يؤمر بتسليمها إليه، وإن حضر الغائب وأنكر البيع استرده.

وفي ظاهر الرواية: لا يصح إقراره، ولا يؤمر بتسليم العين؛ لأنه إقرار على غيره بخلاف مسألة الشفيع، فإن المشتري يدعي الملك لنفسه، فيؤمر بتسليمه، وهنا لا يدعيه لنفسه، وعلى هذا لو ادعى أنه وكيل الطالب الذمي بقبض العين من يد مسلم، وشهد ذميان بالوكالة لم يقبل، وإن أقر المسلم بالوكالة لم يصح إقراره، وفي الدين يصح.

١٦٢٣٣- ولو شهد أحدهما أنه وكله بقبض الدين، وشهد الآخر أنه أمره بقبضه، أو أرسله ليقبضه وهو مقر بالدين، فله أخذه لاتفاقهما أن له حق القبض، وليس له أن يخاصمه إذا أنكر الدين على اختلاف المذهبين، أما عندنا: فلأن الوكيل بالقبض ليس له الخصومة، وأما عنده: فلأن الشاهد على الوكالة واحد، فلم يثبت الوكالة، بل يثبت له حق القبض فحسب؛ لأن الرسول له ذلك لا غير، والوكيل له ذلك والخصومة أيضاً، فيثبت ما اتفقا عليه دون ما تفرد به أحدهما

١٦٢٣٤- ولو وكله بتقاضي دين، ثم غاب، فشهد ابنا الطالب أن أباهما عزله، وادعى المطلوب شهادتهما، جازت؛ لأن الشهادة قامت على أبيهما. وإن لم يدع المطلوب شهادتهما أجبر على دفع المال إليه لإقراره بالوكالة بقبض الدين، وإن شهد بالعزل ابنا الطالب لم تقبل؛ لأنها قامت لأبيهما في حق الخصمين

ولو شهد ابنا الطالب قبل قدوم أبيهما أن أباهما وكل هذا به، وعزل الأول، وقد جحد المطلوب ذلك، لم يقبل لا على عزل هذا، ولا على وكالة هذا؛ لأنهما شهدا لأبيهما بتوكيل هذا، فلا تقبل، وشهدا على عزل هذا، ولا منازع له، فلا تقبل، وبقي الأول وكيلاً، فيؤمر بدفع المال إليه، وإن أقر المطلوب بذلك ثبت العزل بشهادتهما على أبيهما لوجود المدعي، ويدفع المال إلى الثاني بإقرار المطلوب لا بشهادتهما؛ لأنها لأبيهما.

١٦٢٣٥- ولو شهد ابنا الوكيل أن الطالب عزل أباهما، ووكل هذا الآخر بقبضه، جاز؛ لأنهما شهدا على أبيهما، وشهدا للآخر، فإن كان الشاهدان ابني الوكيل الثاني، لم يقبل على وكالة أبيهما؛ لأنهما شهدا له، وتقبل على عزل الآخر؛ لأنهما شهدا على أجنبي.

١٦٢٣٦- وإذا شهد أحدهما أنه وكله بالخصومة في الدين، والآخر أنه وكله بقبضه، جاز، وصار وكيلاً بهما عند أبي حنيفة؛ لأن التوكيل بأحدهما توكيل بهما، وقالا: صار وكيلاً بالقبض وحده؛ لأن عندهما التوكيل بالخصومة توكيل بالقبض، والتوكيل بالقبض ليس بتوكيل بالخصومة، فصار كأنهما شهدا على حق القبض جميعاً، وتفرد أحدهما بالشهادة على حق الخصومة، وعلى قياس قول زفر: لا يثبت شيء؛

لانفراد كل واحد منهم بأمره.

١٦٢٣٧ - ولو شهد أحدهما أنه وكله بقبض دينه على فلان، وشهد آخر أنه أمره بأخذه، أو أرسله: فهو سواء، وله أن يقبض الدين، ولكن لا يثبت وكالته بهذه الشهادة، فإن جحد المطلوب الدين، لم يكن هذا الشخص خصمًا له في إثباته بلا خلاف، فالأصل عند أبي حنيفة أن الوكيل بقبض الدين يملك الخصومة، والمأمور بقبض الدين لا يملك الخصومة، والرسول أيضًا لا يملك. إذا ثبت هذا، فنقول: هذا الشخص إما أن يعتبر وكيلًا أو مأمورًا، أو رسولًا، وأي ذلك ما اعتبر لا يكون خصمًا عندهما، وعند أبي حنيفة حق الخصومة للوكيل دون المأمور والرسول، ولم تثبت وكالته ههنا؛ لأن الشاهد على الوكالة فرد.

١٦٢٣٨ - ولو شهد أحدهما أنه وكله ببيع هذا العبد مطلقًا، والآخر أنه وكله بالبيع، وقال: لا تبع حتى تستأمرني، فباع الوكيل جاز، لاتفاقهما على الوكالة بالبيع، وانفراد أحدهما باشتراط الاستئمار، وعلى قول أبي يوسف: ليس له أن يبيع حتى يستأمر على قياس ما مر في مسألة شهادتهما على التوكيل، وانفراد أحدهما بالشهادة على العزل.

١٦٢٣٩ - ولو قال أحدهما: وكل هذا ببيعه، والآخر قال: وكل هذا وهذا ببيعه لم يكن لهما، ولا لأحدهما بيعه؛ لأن أحدهما شهد أنه رضي برأي هذا وحده، والآخر شهد أنه ما رضي إلا برأيهما، فلا يثبت أحدهما، وكذا هذا في قبض العين لهما. فلو كان هذا في الخصومة، فللذي اتفقا عليه أن يخاصم؛ لأن التوكيل بخصومة اثنين توكيل بخصومة كل واحد منهم، فإذا اتفقا على أحدهما، كان له ذلك، لكن لا يقبض هذا وحده إذا قضي له به.

١٦٢٤٠ - ولو شهد أحدهما أنه قال له: أنت وكيلي في قبضه، وشهد الآخر أنه قال له: أنت جريّ في قبضه، تقضي به، وكذا هذا في الخصومة؛ لأنهما سواء لغة، ولو قال: أحدهما وكيل، والآخر وصي، لم يقبل لاختلافهما؛ لأن الوصي يلي ذلك بعد الموت، إلا أن يقول: وصي في حياتي، فيصير كذكر الوكيل معنى. ولو قال أحدهما: وكله بالخصومة إلى قاضي بلد كذا، وقال الآخر: قاضي بلد آخر صح؛ لأن تعيين

القاضي غير مفيد، فإن الوكيل بالخصومة إلى قاضٍ معين له أن يخاصم إلى غيره؛ لأن القضاء بالحق لا يختلف، ولو كان هذا في قاضيين للتحكيم، لم يقبل، وكذا لو ذكر أحدهما قاضي كذا، وذكر الآخر فقيهًا للتحكيم، وإن شهد أحدهما بتوكيله بطلاق فلانة، والآخر بطلاق فلانة وفلانة ثبت في حق الأولى لاتفاقهما عليها، وكذا في البيع والكتابة والعتق، ولو قال: أحدهما وكله بقبضه، وقال الآخر: سلطه على قبضه، فهما سواء في المعنى، فلا يثبت اختلاف اللفظ.

١٦٢٤١- ولو شهدا بوكالة إنسان وقضي به، ثم رجعا لم يبطل القضاء بالوكالة، ولم يضمنا؛ لأنهما ما أتلفا شيئًا متقومًا، فكذا لو رجعا بعد ما قبض الوكيل الدين؛ لأن القبض ليس بالشهادة، بل بالتوكيل. وإذا أنكر المطلوب وكالة وكيل الطالب في خصومة الدار، فشهد ابنا المطلوب، قبلت لأنها على أبيهما.

الفصل العشرون
في الوكالة الموقوفة

١٦٦٤٢ - ابن سماعة عن محمد : رجل قال لمديون رجل : ادفع إلي ما لفلان عليك ، لعل هو يجيز قبضي ، وما وكلني بقبضه ، فدفع إليه ، ثم أجازه الذي له المال ذلك ، فإن كان المال قائمًا في يد القابض ، عمل إجازته ، وما لا فلا ، وإذا كان المال قائمًا في يد القابض ، فقال صاحب الدين : أجزت قبضه ، وقال المطلوب : لا أجيز ذلك ، وأمر القابض أن لا يدفع المال إلى الطالب ، ليس له ذلك والقبض جائز .

١٦٦٤٣ - رجل جاء إلى مديون رجل ، وقال : أقضني ما لفلان عليك ، فإنه سيجيز قبضي ، وما وكلني بقبضه ، فدفع الغريم ما لفلان عليه مع علمه أنه ليس بوكيل ، فالمال في يد القابض بمنزلة الوديعة من الدافع إن أراد أن يقبضه منه قبل أن يقدم الغائب ، فله ذلك ، وإن ضاع من يد القابض ، فهو من مال الدافع ، ولا ضمان على القابض ، فإن قدم الطالب قبل أن يضيع المال ، وأجاز قبض المال ، فالمال ساعة أجاز الطالب القبض يصير للطالب إن كان ضاع بعد الإجازة كان من الطالب ، ولا يحتاج القابض إلى أن يجدد القبض للطالب بعد الإجازة ، وصار كأنه وكيلا يوم قبض المال للطالب ، وهو نظير ما لو باع رجل عبد غيره بغير أمر صاحب العبد ، وقال للمشتري : اشتر مني عبد فلان بكذا ، وإنه لم يوكلني ، لكن أرجو أن يجيز ذلك ، فاشتراه المشتري على ذلك ، ودفع الثمن ، فقبضه البائع ، ووضعه عنده ، ثم أجاز مولى العبد البيع ، فهو جائز ، ويصير الثمن لمولى العبد ساعة أجاز البيع .

ولو ضاع الثمن من يد البائع قبل أن يجيز مولاه البيع ، فلا ضمان فيه على البائع للمشتري ؛ لأن الثمن كان عنده بمنزلة الوديعة للمشتري ، فإن أجاز مولاه البيع بعد ذلك ، لم يجز ، ولا يكون له أن يرجع على المشتري بالثمن ، ولا أن يضمن البائع .

١٦٦٤٤ - رجل له في يدي رجل ألف درهم وديعة ، فقال : قد أمرت فلانًا أن يقبض الألف التي لي عند فلان ، فلم يبلغ ذلك المأمور بالقبض حتى قبض الألف ،

الفصل الحادي والعشرون
في التوكيل للمجهول

١٦٢٤٥- قال محمد: إذا كان للرجل عبد أو ثوب، فقال لرجلين: أيكما باعه، فهو جائز، فأيهما باع، جاز، وكذلك إذا قال: إن باع أحد هذين الرجلين، فهو جائز، فأيهما باعه كان جائزاً، فقد جوّز هذا التوكيل مع أن الوكيل مجهول، وهو أحدهما لا بعينه؛ لأن مثل هذه الجهالة لا تمنع جواز البيع مع ضيق حال البيع حتى إن من قال لغيره: بعت منك أحد هذين الثوبين على أنك بالخيار تأخذ أيهما شئت وترد الآخر كان جائزاً، فلأن لا يمنع جواز الوكالة مع سعة حالها كان أولى إلا أن فرق ما بين البيع والوكالة أن البيع، لا يجوز مع هذه الجهالة من غير خيار، والوكالة تجوز من غير خيار؛ لأن الوكالة أوسع جوازاً من البيع، ألا ترى أن جهالة الصفة لا تمنع جواز الوكالة، وتمنع جواز البيع، فلسعة حال الوكالة جوّزناها مع هذه الجهالة من غير خيار، ولضيق حال البيع لم نجوّزه مع هذه الجهالة إلا بشرط الخيار.

١٦٢٤٦- ولو قال: قد وكلت هذا أو هذا ببيع هذا، فباع أحدهما، فالقياس أن لا يجوز، وفي الاستحسان: يجوز، وجه القياس أن "أو" يذكر بمعنى الواو قال الله تعالى: ﴿وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا لِبُعُولَتِهِنَّ أَوْ آبَائِهِنَّ﴾[1]، والمراد منه الواو، فههنا إن كان المراد هو الواو، صارا وكيلين بالبيع، فلا يجوز بيع أحدهما على ما يأتي بيانه بعد هذا إن شاء الله تعالى، وإن كان المراد معناه الحقيقي، فيجوز بيع أحدهما، فلا يجوز بيع أحدهما بالشك بخلاف ما لو قال: وكلت أحدكما ببيع هذا الشيء، أو قال: أيكما باع هذا الشيء، فإنه يجوز، ولم يذكر فيه القياس والاستحسان؛ لأن التوكيل في قوله أيكما أو أحدكما، حصل لأحدهما بيقين، فيجوز بيع أحدهما، ولم يثبت بيقين[2] ذكر

---

(١) سورة النور ٣١

(٢) هكذا في جميع النسخ، وكان في التصحيح: "هذا ولم يثبت بيقين، ذكر فيه "أو" فذكر فيه القياس.. إلخ.

فيه أو لم يذكر فيه القياس والاستحسان، ولهذا إذا قال: وكلتك ببيع هذا العبد، أو هذا العبد، فباع أحدهما لم يذكر فيه القياس والاستحسان؛ لأنه إن أراد به أحدهما، فبيع أحدهما جائز، وإن أراد بيعهما، فبيع أحدهما جائز عند بعض العلماء، فكان الرجحان لجانب الجواز.

وجه الاستحسان: أن كلمة "أو" إذا دخلت بين شيئين في الإثبات، يُراد بها أحدهما في الغالب، وقد يُراد بها كلاهما ليس بغالب، ومطلق الكلام ينصرف إلى الغالب، فكان هذا توكيلاً لأحدهما

الفصل الثاني والعشرون

توكيل الرجلين إذا فعل أحدهما ما وكله به

١٦٢٤٧ - وإذا وكل رجلين بالخصومة في دين ادّعاه، ويقبضه، فلأحدهما أن يخاصم دون صاحبه، ولا يقبضان إلا معًا، وقد مرت المسألة من قبل.

١٦٢٤٨ - وإذا وكل رجلين يبيعان عبدًا له أو دارًا أو دابة أو شيئًا من الأشياء، فباع أحدهما دون صاحبه لا يجوز؛ لأن البيع تصرف يحتاج فيه إلى الرأي، والموكل إنما رضي برأيهما، فلا يكون راضيًا برأي واحد منهما، وكان القضية في هذا في الوكيلين بالخصومة: أن لا ينفرد أحدهما بالخصومة؛ لأن الخصومة أمر يحتاج فيه إلى الرأي، إلا أن اجتماعهما على الخصومة والتكلم متعذر؛ لأنه يلتبس على القاضي، ويصير شغبًا[1]، فأما اجتماعهما على البيع غير متعذر، وكذلك إذا وكل رجلين يشتريان له دارًا، فاشترى أحدهما دون صاحبه لم يجز، وكذلك إن سمى لهما الثمن بالبيع والشراء لم يكن لأحدهما أن ينفرد بذلك؛ لأن تسمية الثمن إن كان يحجر الوكيل بالبيع عن النقصان لا يحجره عن الزيادة، وفي حق الوكيل بالشراء تسمية الثمن إن كان يحجر الوكيل عن الزيادة لا يحجره عن النقصان، ولو اجتمعا على الشراء ربما يمكنهما النقصان، وكذلك لو اجتمعا على البيع ربما يمكنهما الزيادة.

١٦٢٤٩ - ولو وكل رجلين بطلاق امرأته، فطلق أحدهما، وأبى الآخر أن يطلق، فهو جائز؛ لأن الإيقاع المفرد لا يحتاج فيه إلى الرأي، وكذلك إذا وكل رجلين بإعتاق عبده، فأعتق أحدهما، وأبى الآخر، فهو جائز.

وفي «الجامع الأصغر»: إذا وكل وكيلين بالطلاق، وقال: لا يطلق أحدكما دون صاحبه، فطلق أحدهما، ثم طلق الآخر، أو طلق أحدهما، وأجاز الآخر لم يجز، وكذلك الوكيلان بالعتق، ولو قال لهما: طلقاها جميعًا ثلاثًا، فطلقها أحدهما واحدة، ثم طلقها الآخر تطليقتين، لم يقع شيء حتى يجتمعا على ثلاث تطليقات.

---

(١) الشغب: تهييج الشر وإثارة الفتن والاضطراب.

١٦٢٥٠ - ولو وكل رجلين بالخلع، فخلع أحدهما لم يجز؛ لأن الخلع أمر يحتاج فيه إلى الرأي، وهو إنما رضي برأيهما، وإن سمّى لهما البدل، فكذلك لما قلنا في البيع والشراء، وصار الأصل في جنس هذه المسائل أن كل تصرف يحتاج فيه إلى الرأي، فإذا وكل به رجلين، ففعل ذلك أحدهما دون الآخر، لا يجوز، وكل تصرف لا يحتاج فيه إلى الرأي، فإذا وكل به رجلين، ففعل أحدهما دون الآخر، جاز، ولو جعل أمر امرأته بيد رجلين لا ينفرد أحدهما به، وإذا وكل الرجل رجلين ببيع أو شراء، فباع أحدهما، أو اشترى أحدهما، والآخر حاضر لا يجوز إلا أن يجيزه الآخر.

١٦٢٥١ - وفي "المنتقى": وكل رجلين ببيع عبد له، فباع أحدهما، والآخر حاضر، فأجاز بيعه، وإن كان غائبًا عنه، فأجاز لم يجز في قول أبي حنيفة. قال الحاكم أبو الفضل هذا خلاف ما ذكر في "الأصل"، وقال أبو يوسف: ذلك جائز، وفي "نوادر ابن سماعة" عن أبي يوسف: رجل وكل رجلين بخصومة رجل في دار ادعاها، وقبضها منه، فخاصماه فيها، ثم مات أحد الوكيلين، قال: أقبل من الحي البينة على الدار، وأقضي بها للموكل، ولا أقضي بدفع الدار إليه، ولكن جعلت للوكيل الميت وكيلا مع هذا الحي، ودفعت الدار إليهما، وكذلك لو كان الوكيل واحدًا، وأقام البينة على الدار، وقضيت بالدار للموكل، فمات هذا الوكيل قبل أن دفعها إليه، فإني أجعل له وكيلا، وآمر المقضي عليه بدفع الدار إليه، ولا أتركها في يد الغاصب الذي قضيت عليه.

١٦٢٥٢ - قال محمد في "الأصل": وإن وكل رجلين بقبض وديعة له، فقبض أحدهما بغير إذن صاحبه كان ضامنًا له؛ لأنه شرط اجتماعهما على القبض، واجتماعهما على القبض ممكن، وللموكل فيه فائدة؛ لأن حفظ اثنين أنفع من حفظ واحد، فإذا قبض أحدهما صار قابضًا بغير إذن صاحبه، فيصير ضامنًا.

فإن قيل: ينبغي أن يصير ضامنًا للنصف؛ لأن كل واحد منهما مأمور بقبض النصف.

قلنا: كل واحد منهما مأمور بقبض النصف إذا قبض مع صاحبه، فأما حالة الانفراد فغير مأمور بقبض شيء منه. هذا إذا قبض أحدهما بغير إذن صاحبه، وأما إذا قبض بأمر صاحبه فإنه لا يضمن لأن له أن يودع الكل عند صاحبه بعد القبض، فكان له

أن يأمر صاحبه بالقبض ؛ لأنه ليس في أمر صاحبه بالقبض إلا إيداع الكل من صاحبه، وله ذلك.

١٦٢٥٣ - وإذا وكل رجلين أن يدفعها إلى رجل بضاعة ألف درهم، ودفع الألف إليهما، فدفعها أحدهما دون الآخر، القياس أن يضمن، وفي الاستحسان: لا يضمن؛ لأن أحدهما بدفع كل الألف بغير إذن صاحبه، وإن صار غاصبًا للنصف إلا أن الغاصب يبرأ عن الضمان متى دفع المال إلى من كان مأمورًا بقبض ذلك المال من جهة المالك، كما يبرأ بالرد إلى صاحب المال، ألا ترى أن الغاصب يبرأ برد المغصوب إلى وكيل المغصوب منه بالقبض، وههنا وصل المال إلى من كان مأمورًا بالقبض من جهة المالك مقتضى أمر المالك إياهما بدفع المال إليه.

ولو وكل رجلا أن يدفعها إلى فلان الذي سماه المالك، ودفع المال إليه، فدفعها الوكيل، فالقياس أن يضمن، وفي الاستحسان: لا ضمان عليهما؛ لأن المال قد وصل إلى من كان مأمورًا بالقبض من جهة المالك.

الفصل الثالث والعشرون
في الوكالة يعطي صاحبها على التصديق والتكذيب
أو من غير تصديق وتكذيب

مسائل هذا الفصل أقسام أربعة:

١٦٢٥٤- القسم الأول: رجل عليه دين لرجل غائب جاء رجل وقال: إن الغائب وكلني بقبض ماله عليك، فهذه المسألة على وجوه ثلاثة: إما أن صدقه الغريم في دعوى الوكالة، أو كذبه فيه، أو سكت لم يصدقه ولم يكذبه، فإن صدقه يؤمر بتسليم المال إليه.

فرق بين هذا وبين الوكيل بقبض الوديعة إذا أقر المودع بوكالته، فإنه لا يؤمر بتسليم الوديعة إليه. والفرق قد مر، وإن كذبه في دعوى الوكالة لا يؤمر بالتسليم إليه، وكذلك إذا سكت لا يؤمر بالتسليم، وقد ذكرنا هذه المسائل فيما تقدم، فلو أنه دفع المال إلى مدعي الوكالة، ثم أراد أن يسترده منه ليس له ذلك، سواء دفع إليه مع تصديقه إياه في دعوى الوكالة أو مع تكذيبه إياه في ذلك، أو مع سكوته، أما مع تصديقه فظاهر؛ لأنه لما صدقه، فقد أقر بصحة قبضه وبصيرورة المقبوض ملكًا للغائب، فلا يكون له ولاية الاسترداد، وأما إذا كذبه فلأنه إنما دفعه إليه على دعواه الوكالة، فتعلق بالمدفوع(١) حق الغائب، وهو حق أن يجيزه، ويأخذه من يده، فلا يملك إبطاله بالاسترداد، ولأنه يحتمل أنه صادق في دعوى الوكالة، وعلى تقدير أنه صادق لا يكون للدافع حق الاسترداد، فلا يكون له حق الاسترداد مع الاحتمال، وأما إذا سكت فلأن السكوت يحتمل التصديق والتكذيب، وعلى كلا الاحتمالين ليس له حق الاسترداد.

فإن حضر الغائب إن صدق الوكيل في دعوى الوكالة، فالأمر ماض في الوجوه كلها، وبرئ الغريم؛ لأن التصديق استند إلى وقت التصدي، فيظهر أنه كان وكيلا،

(١) من قوله: «فتعلق بالمدفوع» إلى قوله: «أنه صادق في دعوى الوكالة» ساقط من الأصل، وأثبتناه من ظ.

وقبض الوكيل قبض للموكل، ولو قبض الموكل أليس أنه يبرأ الغريم عن الدين، فههنا كذلك، والمقبوض في يد الوكيل أمانة لو هلك لا ضمان عليه للطالب؛ لأن قبضه للطالب بإذنه.

فإن جحد الطالب التوكيل، كان له أن يضمن الغريم؛ لأن الوكالة لم يثبت لما جحد الطالب الوكالة، فلم يصر قبضه قبض الطالب، فبقي الدين في ذمة الغريم كما كان، فللطالب أن يضمن الغريم، وليس للطالب أن يرجع على الوكيل بما أخذ؛ لأن في يد الوكيل ملك الغريم لا ملك الطالب.

ثم إذا ضمن الطالب الغريم، فأراد الغريم أن يرجع على الوكيل بما دفعه إليه، إن كان قائماً في يده، كان له ذلك في الوجوه كلها؛ لأن الغريم إنما دفع المال إلى الوكيل؛ ليستفيد به براءة ذمته عن دين الطالب، والبراءة مرة يكون بالتوكيل، ومرة يكون بالإجازة إذا لم يسبق التوكيل، فإذا رجع الطالب عليه بحقه تبين أنه ما استفاد البراءة، وهو ما رضي بالدفع إلا بهذا الشرط، فبدونه يكون قابضاً بغير رضاه، فكان له حق الاسترداد.

وإن هلك المدفوع في يد الوكيل، أو دفعه إلى الطالب، ولا يعلم ذلك إلا بقوله: فأراد الغريم تضمين الوكيل، فهذا على أربعة أوجه: إما أن صدق الغريم الوكيل في دعوى الوكالة ولم يضمنه، أو صدقه وضمنه أو كذبه، أو سكت، فإن صدقه، ولم يضمنه لم يكن له حق تضمينه؛ لأنه لما أقر أنه وكيل، فقد زعم صحة قبضه، واستفادة براءته بقبضه، وأن الطالب أخذ المال منه ثانياً بطريق الظلم، ومن ظلم ليس له أن يظلم غيره، وإن كذبه وأعطاه كان له أن يضمنه؛ لأن في زعم الغريم أنه ليس بوكيل، وأنه أعطاه رجاء أن يجيز الطالب قبضه، فيحصل له البراءة، فكان له حق تضمينه، وكذلك إذا سكت؛ لأن السكوت يحتمل التصديق والتكذيب، وقد عرف كون المقبوض حقاً له، فلا يبطل حقه عن المقبوض بالشك.

وكذلك إذا صدقه، وضمنه كان له أن يضمنه، ومعنى التضمين ههنا أن يقول الغريم للوكيل: أنت وكيل، ولكن لا آمن أن يحضر الطالب، ويجحد الوكالة، ويضمنني ظلماً، وما تأخذ مني يصير ديناً لي عليه باتفاق بيني وبينك، فهل أنت كفيل

لي بذلك؟ فإذا أجابه إليه صح، ويصير كفيلاً؛ لأن هذه كفالة مضافة إلى سبب الوجوب، فيصح كالرجل يقول لغيره: ما ذاب لك على فلان، فأنا به كفيل، إلا أنه ليس للغريم أن يضمن الوكيل هنا ما لم يضمن الطالب الغريم.

والفرق: أن في فصل السكوت والتكذيب إنما كان للغريم حق تضمين الوكيل لبطلان القبض الموقوف على إجازة الطالب، وعدم حصول البراءة للغريم، وذلك حاصل قبل تضمين الطالب الغريم، فلا يتوقف حق تضمين الغريم الوكيل على تضمين الطالب إياه، وههنا حق تضمين الغريم الوكيل بحكم الكفالة، والكفالة مضافة إلى تضمين الطالب الغريم، وصيرورة المأخوذ ديناً في ذمة الطالب للغريم، فما لم يوجد تضمين الطالب الغريم، لا ينزل الكفالة، فلا يكون للغريم حق مطالبة الوكيل، وإن ادعى الوكيل في هذا الوجه أن المقبوض هلك عنده، أو ادعى دفعه إلى الموكل، ولم يعرف ذلك إلا بقوله، أو كان ذلك معروفاً إذا أقر الغريم لا يبطل الضمان عن الوكيل؛ لأن تضمين الغريم الوكيل في هذا الوجه بحكم الكفالة، وشيء من هذه الأشياء لا ينافي ضمان الكفالة. أما قبل حضور الغائب إذا هلك المال في يد الوكيل أو ادعى الهلاك أو الدفع إلى الموكل، فأراد الغريم أن يأخذ المال منه ليس له ذلك لما قلنا.

١٦٢٥٥ - ولو أن الوكيل حين حضر كذبه الغريم في دعوى الوكالة، أو سكت ودفع المال إليه، ثم حضر الطالب، وجحد الوكالة وأراد تضمين الغريم، فأراد الغريم أن يحلف الطالب بالله ما وكله بالقبض، فالقاضي يقول للغريم: أتصدق الوكيل في دعوى الوكالة أو لا؟ فإن قال: لا أصدقه لا يحلفه القاضي، وإن قال: أصدقه يحلفه القاضي، وهذا لأن التحليف يترتب على دعوى صحيحة، وإلى الآن لم يوجد من الغريم دعوى الوكالة؛ لأنه جاحد، أو ساكت، فلو حلفناه قبل تصديق الغريم إياه في دعوى الوكالة، حلفناه بدون الدعوى، وإنه لا يجوز. ومعنى آخر ما أشار إليه في الكتاب، وهو أن الموكل لو كانت عليه يمين المديون من غير أن يدعي الوكالة لكان عليه في شيء واحد يمينان. بيانه: أن الموكل إذا حلف ورجع بالمال على المديون، فالمديون يرجع بالمال على الوكيل، ثم يجيء الوكيل إلى الموكل، فيستحلفه بالله ما وكلتني؛ لأنه يقول له: عملت لك عملاً، ولحقني الضمان بسببه، فلي أن أرجع عليك، والموكل لو أقر به يلزمه، فإذا أنكر يستحلف، ولا يجوز أن يكون على الإنسان يمينان في شيء واحد، فلهذا لا يحلفه

بدون تصديق الغريم الوكيل في دعوى الوكالة ، وإذا صدقه الآن وجد منه دعوى الوكالة وانعدام المعنى الثاني ، وهو توجه اليمين على الموكل مرتين ، فإن في هذه الصورة إذا حاء الموكل وحلف ، وضمن الغريم لا يكون للغريم تضمين الوكيل ؛ لأن الغريم لما صدق الوكيل في دعوى الوكالة ، فقد أقر أن قبضه حصل بحق ، وأنه استفاد البراءة ، وأن الموكل ظالمه بتضمينه ثانياً على ما ذكرنا ، وإذا لم يكن للغريم حق تضمين الوكيل ، لا يكون للوكيل حق تحليف الموكل ، فلهذا كان للغريم تحليف الموكل .

فإن قيل : كيف يتوجه اليمين على الموكل بدعوى الغريم الوكالة؟ وقد سبق منه جحود الوكالة ، فيصير بدعوى الوكالة بعد ذلك متناقضاً ، والتناقض يمنع صحة الدعوى ، ولا يمين إلا بعد صحة الدعوى .

قلنا : هذا الإشكال لا يتأتى فيما إذا سكت الغريم ، ولم يصدقه في دعوى الوكالة ، ولم يكذبه ؛ لأن السكوت يحتمل التصديق والتكذيب ، فلا يثبت التناقض بالشك ، وفيما إذا جحد الوكالة ، فوجه الجواب عنه يحتمل أنه إنما جحد الوكالة في الابتداء ؛ لأنه لم يعلم بها ، فلما علم ، ادعى وهذا لأن الوكالة طريقها طريق الخفاء ، فإن الوكيل والموكل يتفردان بها لا يشترط لصحتها علم الغريم ، وفيما كان طريقه طريق الخفاء ، فالتناقض ليس بمانع على ما عرف .

ثم إذا حلفنا الموكل إن نكل صار مقراً بالوكالة ، وثبت براءة الغريم عن دين الطالب ، فلا يكون للطالب بعد ذلك على الغريم سبيل ، وإن حلف لم تثبت الوكالة ، ولم تثبت براءة الغريم ، فكان له أن يضمن الغريم ، ثم لا يكون للغريم حق تضمين الوكيل لما ذكرنا .

فإن قال الغريم للقاضي حين قال له القاضي : أتصدق الوكيل في دعوى الوكالة أم لا؟ إني أدعي الوكالة ؛ لأني لو ادعيت الوكالة ، وحلفت الموكل ربما يحلفه ، ويبطل حقي في تضمين الوكيل بما ذكرنا ، فالقاضي لا يجبره على ذلك ؛ لأنه يتحرز به عن الضرر ، والإنسان لا يجبر على تحمل الضرر ، ولكن يقول له : إذا كنت لا تدعي الوكالة لا أمكنك من تحليف الموكل لما مر من الوجهين ، وإذا لم يكن للغريم تحليف الموكل في هذه الصورة ، ودفع المال إلى الموكل ، كان للغريم أن يرجع على الوكيل ، فإذا رجع وقد

كان المال هلك عند الوكيل، فأراد الوكيل يمين الغريم بالله ما تعلم أن صاحب المال وكلني، كان له ذلك؛ لأنه ادعى عليه معنى لو أقر به يلزمه، فإذا أنكر يستحلف رجاء النكول، وإنما يستحلف على العلم؛ لأن هذا استحلاف على فعل الغير، فيكون على العلم على ما عرف، فإن نكل صار مقراً بالوكالة، فبرئ الوكيل، وإن حلف لم يثبت الوكالة، فيضمن الوكيل، فإن أراد الوكيل بعد ذلك أن يحلف الموكل بالله ما وكلني بالقبض، فله ذلك؛ لأنه يدعي عليه معنى لو أقر به يلزمه، وله فيه فائدة، فإن الطالب ربما ينكل، فيسترد الوكيل من الغريم ما أخذ منه الغريم، فإن حلف الموكل، لا شيء للوكيل، وإن نكل صار مقراً بالوكالة، فيرد الطالب على الغريم ما أخذ منه، ويرد الغريم على الوكيل ما أخذ من الوكيل.

١٦٢٥٦ - قال: وإن كان الغريم في الابتداء صدق الوكيل، وأعطاه المال، وضمنه على التفسير الذي قلنا، ثم حضر الطالب، وجحد الوكالة، وضمن الوكيل الغريم، فأراد الغريم يمين الطالب: "بالله ما وكله بقبض المال"، كان له ذلك؛ لأن الغريم ههنا مدعي الوكالة، فيصح تحليف الموكل، فإن حلف الموكل لم تثبت الوكالة، وكان له أن يضمن الغريم، فإذا ضمن الغريم كان للغريم أن يضمن الوكيل، وإن أقر الغريم بوكالته إلا أن رجوع الغريم على الوكيل ههنا بحكم الكفالة، وكونه وكيلاً لا ينافي ضمان الكفالة، وإن نكل الطالب صار مقراً بالوكالة، فيرد على الغريم ما أخذ منه، ويبطل حق الغريم في تضمين الوكيل.

ثم في الوجه الأول وهو ما إذا حلف الموكل حتى كان للغريم تضمين الوكيل، فطلب الوكيل يمين الغريم بالله ما يعلم أن الطالب وكله بالقبض، لا يلتفت القاضي إليه، ولا يحلف؛ لأن الغرض من التحليف النكول الذي هو إقرار، والغريم ههنا مقر بالوكالة، ورجوعه عليه كان بحكم الكفالة، وذلك سبب آخر غير الوكالة، وإن أراد الوكيل في هذا الوجه أن يحلف الموكل: "بالله ما وكلتني بالقبض"، لا يكون له ذلك؛ لأن من حجة الموكل أن يقول للوكيل: لا فائدة لك في تحليفي؛ لأن فائدة التحليف إن نكلت فأصير مقراً بالوكالة، فتسترد من الغريم ما أخذ الغريم منك، كما تقدم، وهو ما إذا صدقه في الوكالة ولم يضمنه، أو ترجع علي بما لحقك من الغريم فعله، أي ما لحقك من الغريم لحقك بسبب عمل كنت تزعم أنك عامل لي في ذلك، وليس لك أن تسترد من

الغريم ما أخذ الغريم منك ؛ لأن الغريم أخذ ذلك منك بحكم الكفالة ، والوكالة لا تنافي ضمان الكفالة ، وليس لك أن ترجع عليّ بما خفتك من الغريم ؛ لأن ما لحقك من الغريم لحقك بحكم الكفالة ، وما كنت عاملاً لي في الكفالة ، بخلاف ما تقدم .

القسم الثاني من هذا الفصل :

١٦٢٥٧ قال محمد : وإذا كان للرجل على رجل مال ، فغاب صاحب المال ، فجاء رجل ، وادعى أن صاحب المال وكله بقبض المال ، فكذبه المديون ، أو سكت ، ودفع المال إليه ، فضاع المال عنده ، أو ادعى أنه ضاع ، أو ادعى دفعه إلى الموكل ، فلم يحضر الموكل ، ولم يعرف جحوده حتى توفي ، فورثه الغريم ، فقال الغريم للوكيل : إن صاحب المال لم يكن وكلك ، وقد صرت وارثاً له قائماً مقامه ، وكان له تكذيبك ، فأنا أكذبك أيضاً ، وأضمنك المال ، لا يكون له ذلك ؛ لأن الغريم حين أعطاه المال ، فقد أوجب الملك ، أو الحق للغائب فيه ، ثم سعى في نقضه ، فصار متناقضاً .

فإن قيل : كيف يصير ساعياً في نقض ما تم به ؟ وإنه بحكم الوراثة قام مقام الموكل ، وصار نائباً عنه في الخصومة ، فصار خصومته كخصومة الموكل حال حياته ، وكان للموكل حق الخصومة في الوكالة ، وكان لا يصير ساعياً في نقض شيء ، فكذا من قام مقامه .

قلنا : إنكار الوكالة لا يصلح غرضاً لعينه ، وإنما يصلح غرضاً لغيره ، وهو تضمين[1] الوكيل ، وليس للغريم حق تضمين الوكيل لا بطريق الأصالة لكونه ساعياً في نقض ما تم به ، ولا بطريق النيابة عن الموكل ؛ لأن الموكل لو كان حياً لا يكون له حق تضمين الوكيل ، فكذا النائب ، وإذا لم يكن للغريم حق تضمين الوكيل ، لا بطريق الأصالة ، ولا بطريق النيابة ، لا يكون له حق الخصومة في الوكالة .

فإن أراد الغريم يمين الوكيل : "بالله لقد وكلك فلان" ، لا يكون له ذلك . وهذا لأنه لو ثبت للغريم حق تحليف الوكيل إما أن يحلفه بطريق الأصالة ، أو بطريق النيابة عن الميت ، لا وجه أن يقال : بطريق الأصالة ؛ لأنه من حيث هو أصيل متناقض ؛ لكونه

---

(١) هكذا في ظ و ب ، وكان في الأصل وم : لا يصح

ساعياً في نقض ما تم به، فلا يصح منه دعوى عدم الوكالة، والتحليف يترتب على دعوى صحيحة، ولا وجه أن يقال: بطريق النيابة؛ لأنه لم يكن للموكل حق تحليف الوكيل حال حياته، فكيف ثبت هذا الحق لوارثه بطريق النيابة عنه.

فإن أقر الوكيل عند القاضي أن فلاناً لم يوكله بشيء صح إقراره، وكان للغريم حق تضمينه لكونه ساعياً في نقض ما تم به، إلا أن سعي الإنسان في نقض ما تم به إنما يرد إذا لم يوافقه خصمه في ذلك، وقد وجدت الموافقة هنا. وإن قال الغريم: أنا أقيم البينة على أن فلاناً لم يوكله بالخصومة، لا تسمع بينته، إما لأن هذه بينة قامت على النفي، أو لأن الدعوى لم تصح، والبينة لا تسمع إلا بعد دعوى صحيحة. وإن قال الغريم: أنا أقيم بينة على إقرار الوكيل أن فلاناً لم يوكله بالخصومة، قبلت بينته.

فرق بين هذا وبينما إذا أقام بينة حال حياة الموكل على إقرار الوكيل أن فلاناً لم يوكله بالخصومة حيث لم يقبل بينته. والفرق بينهما وهو أن في حالة الحياة لو قبلت بطريق الأصالة، ومن حيث هو أصيل، فهو متناقض لكونه ساعياً إلى نقض ما تم به، فلم يصح الدعوى، فلا يسمع البينة، أما في حالة الممات لو قبلت بينته قبلت بطريق النيابة عن الموكل، ومن هذا الوجه لا تناقض، إنما سبق من الموكل حالة الحياة فعلى يصير داعياً إقرار الوكيل أنه لم يوكله ساعياً في نقض ما تم به، فانعدم التناقض فصح الدعوى فسمعت البينة.

فإن قيل: الميت في حال حياته لا يملك إقامة البينة على الوكيل، فكيف يملك الوارث ذلك بطريق النيابة عنه؟ ألا ترى أنكم قلتم: إذا لم يكن للميت أن يحلف الوكيل حال حياته، لم يكن ذلك للوارث بطريق النيابة عنه.

قلت: الموكل كان له ولاية إقامة البينة، لكن لم يسمع منه البينة لعدم الحاجة إليه، فإنه يملك أخذ الضمان من الغريم بدون البينة، والنائب محتاج إلى البينة؛ لأنه لا يملك تضمين الوكيل بدون البينة، فيظهر ولاية الإقامة في حق الموكل في حق السماع من النائب، وأما الموكل ما كان يملك تحليف الغريم لعدم الحاجة إليه، فلا يملك نائبه.

والفرق بين البينة وبين التحليف في حق الموكل أن اليمين حجة ضرورية، فلا يصار إليه في غير موضع الحاجة والضرورة، بخلاف البينة؛ لأن البينة حجة مطلقة.

تثبت ولاية إقامتها، لكن عدم السماع من غير الوكيل لعدم الحاجة، والحاجة متحققة في حق الميت، فيثبت ولاية الإقامة في حق الموكل، ولكن في حق السماع من النائب عنه. وكذلك لو كان الوكيل حياً، فوهب ذلك المال من الغريم، أو أبرأه منه، كان الجواب فيه كالجواب في موت الوكيل؛ لأنه قائم مقامه بالهبة، كما يقوم مقامه بالميراث.

ولو مات الموكل فورثه الغريم، ورجل آخر معه، فالجواب في نصف الأجنبي كالجواب فيما إذا حضر الطالب، وجحد الوكالة؛ لأنه قائم مقام مورثه في جحوده الوكالة وهو غير ساع في نقض ما تم به، فكان جحوده كجحود الموكل، ولكن فيما قام مقامه، ورثت نصف الدين؛ فيأخذ نصف الدين من الغريم، ويرجع الغريم على الوكيل، والجواب في نصف الغريم ما ذكرنا في الكل.

ولو كان هو الوارث وحده، لا يرجع على الوكيل إلا إذا كان المال قائماً في يد الوكيل، فيأخذه منه؛ لأنه قام مقام المورث في ملك العين، فإن ادعى الوكيل هلاكه، ولا يعرف ذلك إلا بقوله، وادعى الغريم أنه لم يهلك كان له أن يحلف الوكيل، فإن حلف برئ، وإن نكل لزمه ذلك المال؛ لأن نكوله بمنزلة الإقرار.

فإن قيل: إنما يتوجه اليمين على الوكيل إذا صح دعوى الغريم بطريق الأصالة، لا بطريق النيابة عنه، ولم يصح دعواه بطريق الأصالة؛ لأنه ساع في نقض ما تم به، ألا ترى أنه لو عرف هلاك المال في يده، لا يتوجه عليه اليمين.

قلنا: هو ليس بساع في نقض ما تم به؛ لأنه يسلم المال للوكيل ليقبض للموكل وهو مقر أنه قبض للموكل، وبموت الموكل صار حق القبض للغريم بطريق الإرث دون الموكل، ولا يصير به ساعياً في نقض ما تم به، ولو أن الموكل لم يمت، ولم يهب المال من الغريم، ولكن حضر وجحد الوكالة، ولم يقم الغريم البينة على ذلك حتى مات، والغريم وارثه، أو وهب المال من الغريم، فأقام الغريم بينة عند القاضي على الجحود على جحود الموكل الوكالة، لا يقبل ذلك منه، ولا يكون له حق تضمين الوكيل؛ لأن هذه بينة قامت على الجحود في غير مجلس القاضي، والجحود في غير مجلس القضاء غير معتبر لاعتبار وجوده بالعدم بعد إقراره، ولأنه يريد نقض ما أوجبه لصاحبه، ونقض ما تم به يرده

البينة ، فلا يقدر عليه .

قال : فإن وجد شيئاً مما دفع إلى الوكيل قائماً في يده بعينه ، كان له أن يأخذ منه ؛ لأنه إما وكيل مات موكله ، فيدفع ذلك إلى وارثه أو أجنبي ، فيدفع المال إلى من أخذ منه ، فإن كان الموكل جحد الوكالة في مجلس القاضي ، فلم يقض القاضي له على الغريم بشيء ، حتى مات كان للغريم أن يرجع على الوكيل ؛ لأن بجحود الطالب الوكالة عند القاضي ، ظهر أنه لم يكن وكيلاً ، وجحوده ثابت عند القاضي ، فلا يحتاج إلى إثباته بخلاف المسألة الأولى ؛ لأن هناك مست الحاجة إلى إثبات الجحود بالبينة ، وتعذر إثباته لما ذكرنا .

وإذا ظهر أنه لم يكن وكيلاً ظهر أن ما قبض قبض بغير حق ، فوجب عليه رده على الغريم إن كان قائماً ، ورد قيمته إن كان هالكاً ، وإن كان مات الموكل بعد ذلك ، فورثه الغريم ، أو وهب المال للغريم ، أو أبرأه منه ، كان للغريم أن يأخذ الوكيل بالمال ، كما كان قبل موته ، ولكنه يحلف الغريم بالله ما تعلم أن الطالب وكله بقبض المال ؛ لأن الغريم بعد موت المورث قام مقام المورث ، وهذه اليمين كانت متوجهة على المورث ، فكذا على الوارث ، إلا أن استحلاف الوارث على فعل الغير ، فيكون على العلم ، ولو كان الغريم صدق الوكيل في دعوى الوكالة ، وحلف ، وقضى القاضي له على الغريم بماله ، ثم مات الموكل قبل أن يأخذ من الغريم شيئاً ، فورثه الغريم ، أو وهب المال من الغريم ، لا يرجع الغريم على الوكيل بشيء ؛ لأن رجوع الغريم على الوكيل ههنا لو كان بحكم الكفالة ، فلا يرجع قبل نزول الكفالة ، والكفالة[1] لم ينزل بعد ، ولو كان الموكل أخذ المال من الغريم حين حضر ورجع به الغريم على الوكيل بحكم الكفالة ، ثم مات الموكل ، فورثه الغريم ، فللوكيل أن يرجع ، فيأخذ من ميراث الموكل مثل ما غرمه الغريم ؛ لأن في زعم الغريم إنه وكيل ، وإن الموكل في تضمينى كان ظالماً ، وما أخذ منى أخذ بغير حق ، فصار ذلك ديناً لي في ذمته ، والوكيل كفيل لي بذلك ، فإذا ضمنت الوكيل ، وأخذت بدل ذلك منه ، فقد ملكت الألف التي لي في ذمة الموكل من الوكيل ، فصار ما كان لي من الدين في ذمة الموكل مستحقاً للوكيل بأداء الضمان ، والدين مقدم على الميراث

---

(١) هكذا في جميع النسخ ، وكان في الأصل : « والكفالة لم تنزل على الوكيل بحكم الكفالة بعد

والوارث هو الغريم، فيعامل معه بزعمه.

ولو ورثه رجلان أحدهما الغريم، كان للوكيل أن يأخذ من حصة الغريم من الميراث مثل ما غرمه الغريم؛ لأن الغريم صار مقراً للوكيل بالدين على الميت، وأحد الورثة إذا أقر بالدين على مورثه يستوفي جميع ذلك من نصيبه.

القسم الثالث من هذا الفصل:

٦٦٢٥٨ - لو غاب الطالب، وباقي المسألة بحالها من تصديق الغريم الوكيل، ودفع المال إليه، وتضمينه إياه، وحضور الطالب، وجحود الوكالة، ورجوع الطالب على الغريم، ورجوع الغريم على الوكيل بحكم الكفالة، ثم إن الطالب وهب للغريم ألفاً، هل للوكيل أن يرجع على الغريم بما أدى؟ قال: ينظر إن وهب الألف التي أخذها من الغريم رجع على الغريم بما أدى؛ لأن الغريم مع الوكيل اتفقا أن الهبة لم تصح؛ لأنهما اتفقا أن الوكيل غاصب لهذا المال والدراهم تتعين في المغصوب، فلم تصح الهبة لمصادفتها مال الغير، فوصل إليه عين[1] المغصوب، ورجوع الغريم على الوكيل إنما كان بحكم الكفالة، وإذا وصل إليه عين المغصوب بطلت الكفالة، وظهر أنه أخذ من الوكيل ما أخذ بغير حق، فكان عليه أن يرده، وإن وهب ألفاً أخرى لا يرجع على الغريم بشيء؛ لأن الوكيل مع الغريم اتفقا على أن ما أخذ الموكل من الغريم صار ديناً له على الموكل، وأن الغريم حين رجع على الوكيل، وضمنه صار ما في ذمة الوكيل[2] مستحقاً للوكيل غير أن الدين لا يتعلق بالمدفوع في حال صحته، فلا يمنع صحة الهبة، وإذا صحت الهبة لم يصل إلى الغريم عين المغصوب ليبطل الكفالة، فتبين أن ما أخذ الغريم من الوكيل (لم يكن) أخذ بغير حق، فلهذا لا يرجع عليه.

ولو مات الطالب، وأوصى للغريم بألف درهم، فإنه يرجع الوكيل على الغريم، أما إذا أوصى بعين تلك الألف فلا شك، وأما إذا أوصى بألف مطلقة، فلأن الوكيل مع الغريم اتفقا على أن الوكيل صار غريم الموكل على ما مر، والدين مقدم على الوصية

(١) في الأصل وم: غير.

(٢) هكذا في م، وكان في النسخ: الوكيل.

بخلاف مسألة الهبة؛ لأن الدين الواجب على الإنسان لا يتضمن على هبة في صحته

القسم الرابع من هذا الفصل:

٦٦٢٥٩ - لو أن الغريم دفع المال إلى الوكيل من غير تصديق ولا تكذيب، ثم حضر الموكل، وجحد الوكالة وأشهد على ذلك شهوداً أو غاب، فأراد الغريم أن يقيم بينة على جحود الموكل لم تسمع بينته، لما ذكرنا من المعنيين، والمعنى الآخر أشار إليه هنا، فقال: ما قبضه الوكيل، فهو ملك الموكل بناءً على ظاهر الوكالة، فلو قبلنا بينة الغريم على الموكل كان في ذلك قضاء على الغائب من غير خصم حاضر؛ لأن الوكيل لا يصلح خصماً عنه لأنه أمين كالمودع، أو ضمين كالغاصب، وأياً ما كان لا يصلح خصماً عن المالك.

ولو أن الموكل حين حضر وجحد الوكالة وأخذ المال من الغريم، ثم غاب فأراد الغريم أن يقيم بينة على الجحود، وأخذ المال منه ليرجع على الوكيل بما أدى قبلت بينته.

فرق بين إقامة البينة على نفس الجحود وبين إقامة البينة على الجحود وأخذ المال والفرق أما على المعنى الأول، فلأن مجرد الجحود في غير مجلس القضاء غير معتبر، لو عايناه، لا يكون للغريم أن يرجع على الوكيل. فأما ما ثبت بالبينة ثبت أمراً غير معتبر، فلا يقبل ذلك منه، أما الجحود مع أخذ المال معتبر، وإن كان في غير مجلس القضاء، لو عايناه، كان للغريم أن يرجع على الوكيل، فأما يثبت بالبينة ثبت أمراً معتبراً، فيجوز أن يقبل ذلك. والفقه في ذلك أن مجرد الجحود في غير مجلس الحكم إذا لم يكن معتبراً لا يتبين أن الغريم ما برئ عن الدين بالدفع إلى الوكيل، فلا يكون له حق الرجوع على الوكيل، أما الجحود مع أخذ المال إذا كان معتبراً تبين أن الغريم ما برئ عن الدين بالدفع إلى الوكيل، فيرجع عليه. وأما على المعنى الثاني فلأن مجرد الجحود من غير أخذ المال لا يوجب انتقاض ملك الموكل عما قبض الوكيل، ولهذا كان له أن يجيز قبض الوكيل، ويصير ذلك ملكاً له، فكانت دعواه دعوى مال للغائب، فكانت البينة قائمة على الغائب، وليس عنه خصم حاضر. أما الجحود مع أخذ المال يوجب انقطاع حق الموكل عما قبض

الوكيل ، وبهذا لا يصير ذلك مملوكاً بإجارته بحال من الأحوال ، فلم يكن دعواه مشغولاً للغائب ، ولم تكن البينة قائمة على الغائب ، بل كانت قائمة على استرداد ما دفع إلى الوكيل ، وإنه خصم حاضر ، فتقبل بينته .

وأما على المعنى الثاني فلأن مجرد الجحود لما لم يوجب انقطاع حق الموكل عن المقبوض ، لا يكون نفس الجحود مقصوداً ، بل كان المقصود استرداد ما دفع إلى الوكيل ، والدفع إلى الوكيل حصل بطريق القضاء ، وإنه لم يمض[1] الغريم ، فيصير هو بهذه البينة ساعياً في نقض ما تم به ، وإنه لا يجوز ، وأما الجحود مع أخذ المال لما أوجب انقطاع حق الموكل عن المقبوض خرج ذلك القبض من أن يكون قضاء لفقد شرطه ، فلم يكن المقصود نقض القضاء ، بل كان المقصود مجرد استرداد ما دفع إلى الوكيل ، ولا يصير هو ساعياً في نقض ما تم به ، فيجوز أن تقبل بينته .

(١) وفي الأصل: "لم يمض الغريم" ولعل الصواب "وإنه لم يعمل الغريم".

الفصل الرابع والعشرون
فيما للوكيل أن يفعل وما ليس له ذلك والوكيل بالبيع إذا نقد الثمن من مال نفسه

١٦٢٦٠ - قال محمد في «الأصل» في باب الوكالة بالدين: وإذا وكل الرجل رجلاً بتقاضي دين له على رجل، فليس له أن يشتري منه شيئاً بذلك الدين؛ لأن الشراء به غير داخل تحت الوكالة إنما الداخل تحت الوكالة القبض.

فإن قيل: ينبغي أن يملك الشراء بالدين؛ لأنه بالشراء يصير مستوفياً كما يصير مستوفياً بالقبض.

قلنا: بالشراء يصير مستوفياً للدين حكماً لا حقيقة، وإنه لم يقبض عين الدين، وهو مأمور بقبض يكون استيفاء حقيقة وحكماً؛ لأنه إنما يصير مستوفياً بالشراء إذا صح الشراء، فلابد من تصحيح الشراء أولاً، وتصحيحه غير ممكن؛ لأنه غير داخل تحت الوكالة، فإن وهب الدين من المديون، أو أبرأه منه، أو أخره عنه إلى أجل، أو حط عنه لم يجز؛ لأنه غير داخل تحت الوكالة، وكذلك لو احتال به على رجل لم يجز؛ لأنه غير داخل تحت الوكالة.

وكذلك لو أخذ به رهناً أيضاً لا يجوز؛ لأنه غير داخل تحت الوكالة.

فإن قيل: أليس أن قبض الرهن قبض استيفاء، حتى يصح الرهن برأس مال السلم والصرف.

قلنا: قبض الرهن لا يكون قبض استيفاء للحال، وإنما يصير قبض استيفاء عند الهلاك، ألا ترى أنهم قالوا: لو افترقا في مسألة الرهن في الصرف والسلم، بطل السلم والصرف، فدل أن قبض الرهن يصير قبض استيفاء بعد الهلاك حكماً لا حقيقة، وهو إنما أمر بقبض يقع به الاستيفاء حقيقة وحكماً، فإذا هلك الرهن في يد الوكيل، هل للمطلوب أن يضمنه الأقل من قيمته ومن الدين؟ فهذا على وجهين: الأول: أن يقول

الوكيل: أمرني الطالب بقبض الرهن، فدفع المطلوب إليه رهنًا وفي هذا الوجه له أن يضمنه، ذكر المسألة في الأصل مطلقة. وذكر شيخ الإسلام في شرحه، فقال: إن كذبه المطلوب في الوكالة، أو سكت لم يصدقه، ولم يكذبه أو صدقه، وشرط عليه الضمان، له أن يضمنه، وإن صدقه ولم يضمنه، فليس له أن يضمنه.

والجواب في هذا نظير الجواب فيما إذا قال: وكلني فلان بقبض الدين الذي له عليك، فدفعه المطلوب إليه الدين، ولم يكن الطالب وكله بقبض الدين، وهلك المال في يد القابض، وهناك الجواب على التفصيل الذي قلنا: إن صدقه المديون في الوكالة ولم يضمنه، فلا ضمان، وفيما عداه من الفصول الوكيل ضامن، كذا هنا.

الوجه الثاني: إذا قال الوكيل: لم يأمرني بقبض الرهن مع ذلك، دفع المطلوب إليه رهنًا، وهلك في يد الوكيل، لا ضمان على الوكيل كما في حقيقة الاستيفاء إذا قال: لم يوكلني فلان بقبضه مع هذا دفع المطلوب الدين إليه، وهلك في يده، وهناك لا ضمان على الوكيل، كذا هنا.

وأما إذا أخذ بالدين كفيلًا، فهو على وجهين: الأول: أن يأخذ منه كفيلًا بشرط براءة الأصيل، فإنه لا يجوز؛ لأن الكفالة بشرط براءة الأصيل حوالة، وإنه لا يملك الاحتيال، فلا يملك أخذ الكفيل بشرط براءة الأصيل، وأما إذا أخذ كفيلًا من غير شرط براءة الأصيل صح، وكان له أن يأخذ أيهما شاء، فكان يجب أن لا يجوز؛ لأن الكفالة غير داخلة تحت الوكالة، فلا يجوز أخذها، وإن كان فيها توثقًا، ألا ترى أنه لا يجوز أخذ الرهن، وإن كان فيه توثقًا.

والجواب: أن الكفالة توثيق لا يتضمن إضرارًا بالموكل، والرهن توثيق يتضمن إضرارًا بالموكل، فإنه متى هلك الرهن يسقط الدين. الثاني: أن الوكيل بالتقاضي وكيل بالخصومة، والوكيل بالخصومة يملك أخذ الكفيل، ولا يملك أخذ الرهن -والله أعلم-

فرق بين الوكيل بالبيع وبين الوكيل بقبض الدين في حق أخذ الرهن، فيجوز للوكيل بالبيع أخذ الرهن، ولم يجوّز ذلك للوكيل بقبض الدين، وسوّى بينهما في حق أخذ الكفيل، فيجوز أخذ الكفيل من كل واحد منهما.

والفرق: أن الوكيل بالبيع أصيل في حق حقوق العقد، واستيفاء الثمن حقه،

وفي الكفالة والرهن توثيق الاستيفاء، فيملك ذلك بطريق الأصالة، فأما الوكيل بقبض الدين نائب محض في حق القبض، وقد أنابه الموكل مقام نفسه في حق قبض الدين، لا في حق قبض الرهن.

١٦٢٦١ - وفي "نوادر ابن سماعة" عن محمد: رجل أمر رجلاً أن يشتري له نصف دار، فاشتراها كلها، فله أن يقاسم، قال: أرأيت لو أمره أن يشتري له نصف كر حنطة، فاشترى هو بعض الوكيل، ورجل آخر كر حنطة، أما له أن يقسم؟ لا شك أن له أن يقاسم له ذلك.

وذكر هشام في "نوادره" عن محمد: أن قسمة الوكيل في الدار لا يجوز، وفي المكيل والموزون يجوز، قال ثمة، قال محمد: كل شيء إذا قاسم الرجل شريكه لم يكن له أن يبيع نصيبه مرابحة على ما اشترى، فليس للوكيل الذي اشترى له أن يقاسم، وكل شيء إذا قاسم شريكه، كان له أن يبيع نصيبه مرابحة على ما اشترى، فللوكيل الذي اشتراه له أن يقاسم.

١٦٢٦٢ - قال: ابن سماعة سمعت أبا يوسف يقول: في رجل دفع إلى الرجل متاعًا يبيعه، فباعه بنسيئة، فقال رب المتاع: إن رأيت أن تنقدني من عندك، ففعل، ثم توى المال على مشتريه، فإنه يرجع على رب المال بما دفع إليه من المال؛ لأن أداءه إليه ليس بتطوع إنما كان له أن يأخذ المشتري بثمن المتاع، قال ثمة: كل شيء أداه الإنسان عن غيره بغير أمره يرجع به على الذي عليه المال، فإذا توي المال عليه، يرجع على الذي أدى إليه، وكل شيء لا يرجع به على الذي عليه المال، فإذا توى المال عليه لم يرجع على الذي أداه إليه.

الفصل الخامس والعشرون

في التوكيل بالعقود ببدل مجهول

١٦٢٦٣ - قال محمد في «الزيادات»: إذا وكل الرجل رجلاً أن يكاتب عبده على حيوان أو على حنطة أو ثوب هروي أو مروي جاز، وينصرف إلى الوسط، وكذلك التوكيل بالنكاح أو بالخلع أو بالصلح عن دم العمد على هذه الأبدال يجوز وينصرف إلى الوسط؛ لأنه تملك هذه العقود بهذه الأبدال، فيملك التفويض إلى غيره، فبعد ذلك ينظر إن كان سمّى الوكيل في هذه العقود عبداً بغير عينه جاز، وينصرف إلى الوسط، وإن سمى عبداً بعينه فإن كان وسطاً أو مرتفعاً جاز على الموكل لحصول مقصوده مع زيادة شيء، وإن كان دون الوسط لا يجوز على الموكل؛ لأنه لم يحصل مقصوده؛ بتغيير مقداره.

ولو وكله أن يصالح عن دم خطأ له على رجل على عبد بغير عينه، فالوكالة صحيحة، فقد جوز التوكيل بالصلح عن دم الخطأ على عبد بغير عينه، ولم يجوز نفس الصلح على عبد بغير عينه، والوجه في ذلك أن الصلح عن دم الخطأ على عبد شراء العبد بثمن الدية؛ لأن الدية دراهم مقدرة، والصلح عن دراهم مقدرة على العبد شراء العبد بالدراهم؛ لأن الدراهم أثمان على الإطلاق، وما كان هكذا كان التوكيل بالصلح عن دم الخطأ توكيلاً بشراء العبد بثمن مسمى غير أن شراء العبد المطلق بثمن مسمى لا يصح، والتوكيل بشراء العبد المطلق بثمن مسمى صحيح، وإنما جاء الفرق باعتبار أن جهالة الوصف في البدل في الوكالة لا يؤدي إلى المنازعة؛ لأن الوكالة ليست بلازمة، ولا كذلك الصلح بنفسه؛ لأنه لازم، فيؤدي إلى المنازعة، والمانع من الصحة المنازعة لا نفس الجهالة.

ثم إذا صح التوكيل إن صالح الوكيل على عبد بغير عينه، لا يجوز على الموكل؛ لأنه لو صالح بنفسه على عبد بغير عينه لا يجوز، فكذا إذا صالح وكيله، وإن صالح على عبد بعينه إن كانت قيمته مثل الدية أو أقل مقدار ما يتغابن الناس فيه، يجوز،

وإن كان مقدار ما لا يتغابن الناس فيه لا يجوز، لما ذكرنا أن هذا توكيل بالشراء بثمن مسمى، والتوكيل بالشراء بثمن مسمى يتحمل فيه الغبن اليسير دون الفاحش.

وذلك المسألة على أن التوكيل بشراء شيء لا بعينه يتحمل فيه الغبن اليسير، وإن كان الثمن مسمّى، وكذلك لو وكله بالصلح عن دين له على إنسان على عبد، فهذا ومسألة الصلح عن دم الخطأ في جميع ما ذكرنا على السواء.

١٦٢٦٤- وإذا قال الرجل لغيره: خذ عبدي هذا وبعه بعبد، أو قال: اشتر لي به عبداً، صح التوكيل، فبعد ذلك ينظر إن كان قد وكله بالشراء، فاشترى عبداً بغير عينه، لا يجوز على الموكل، كما لو اشترى الموكل به بنفسه، وإن اشترى عبداً بعينه، إن كانت قيمة العبد المشترى مثل قيمة هذا العبد، أو أقل مقدار ما يتغابن الناس فيه يجوز، وإن كان مقدار ما لا يتغابن الناس فيه، لا يجوز، وإن كان قد وكله بالبيع، فباعه بعبد بغير عينه، لا يجوز، كما لو باع الموكل بنفسه.

وإن باع بعبد بعينه، وإن كان قيمة ذلك العبد مثل قيمة هذا العبد، أو أقل مقدار ما يتغابن الناس فيه، يجوز، وإن كان مقدار ما لا يتغابن الناس فيه لا يجوز، قيل: هذا على قولهما، أما على قول أبي حنيفة يجوز كيف ما كان؛ لأنه وكيل بالبيع المطلق، والوكيل بالبيع المطلق يملك البيع بما عز وهان.

وقيل: هذا على قول الكل؛ لأن في بيع المقايضة كل واحد من البدلين مبيع من وجه، ثمن من وجه، فيكون توكيلاً بالشراء من وجه، وبالبيع من وجه، والتوكيل بالبيع إن كان يجري على إطلاقه، فالتوكيل بالشراء لا يجري على إطلاقه بالإجماع، فلا يجري على إطلاقه.

١٦٢٦٥- ولو وكله بأن يبيع عبده بعشرة أثواب هروية، أو بكر حنطة، فقد مر ذلك في فصل التوكيل بالبيع. ولو قال: أجّر داري هذه بعبد كان التوكيل صحيحاً، وإن كان لو أجر بنفسه بعبد بغير عينه، لا يجوز.

والفرق بين التوكيل والمباشرة قد مر في فصل البيع، فبعد ذلك إن أجر الوكيل الدار بعبد بغير عينه، لا يجوز، وإن أجر بعبد بعينه، إن كانت قيمة العبد مثل أجر الدار، أو أقل مقدار ما يتغابن الناس فيه، جاز، وما لا فلا.

قيل: هذا على قولهما، أما على قول أبي حنيفة: تجوز الإجارة كيف ما كان؛ لأن التوكيل بإجارة الدار توكيل ببيع منافع الدار، فيملك البيع بأي ثمن كان عنده حتى لو كان وكيلاً باستئجار الدار، لا يتحمل منه الغبن الفاحش بالإجماع؛ لأن التوكيل باستئجار الدار توكيل بالشراء، ولا يتحمل الغبن الفاحش من الوكيل بالشراء بلا خلاف.

١٦٢٦٦- ولو وكل رجلاً، بأن يكاتب عبده على وصفاء[1] أو على أكرار حنطة، أو على ثياب هروية، إن بيّن عدد الوصفاء، بأن قال: على ثلاث وصفاء، أو ما أشبه ذلك، فالتوكيل صحيح، وينصرف التوكيل إلى ذلك العدد المسمى من الوصفاء الأوساط، كما لو أنشأ الموكل العقد عليها، وكذلك هذا في التوكيل بالنكاح والعتق على مال، والصلح عن دم العمد والخلع، وإن لم يبين عدد الوصفاء، فالتوكيل صحيح بخلاف ما لو أنشأ الموكل العقد عليها بهذه الصفة.

والفرق: بين المباشرة والتوكيل قد مر، فبعد ذلك إن سمى الوكيل من الوصفاء، أو من أكرار الحنطة، أو من الثياب الهروية ما كانت قيمته قيمة العبد في الكتابة، أو أقل مقدار ما يتغابن الناس فيه، جاز، وما لا فلا، وهذا لأن ذكر الوصفاء أو الأكرار والثياب ليس على معنى بيان العدد، ولكن على معنى بيان جنس ما تقع به الوكالة، فتقع على ما يساوي قيمة المكاتب، أو أقل مقدار ما يتغابن الناس فيه، فيجعل ذلك القدر معياراً في الكتابة، وفي النكاح يجعل مهر المثل معياراً، وفي الصلح عن دم العمد يجعل الدية معياراً، وفي الخلع يجعل قيمة ما أعطاها معياراً، ويتحمل الغبن اليسير دون الفاحش، قيل: هذا على قولهما، أما على قول أبي حنيفة كما يتحمل الغبن اليسير يتحمل الغبن الفاحش، كما في الوكيل بالبيع.

١٦٢٦٧- وكذلك إذا ذكر الدراهم في التوكيل في هذه العقود مكان الوصفاء والثياب والأكرار، يعتبر قيمة العبد في الكتابة، وفي العتق على مال ومهر المثل في النكاح، والدية في الصلح، وقيمة ما أعطاها في الخلع إن سمى من الدراهم ما يبلغ قيمة العبد ومهر المثل والدية وقيمة ما أعطاها الزوج؛ لأن ذكر الدراهم على معنى بيان جنس

---

(١) وَصفاء: جمع وَصِيف معناه: الخادم، غلاماً كان أو جارية، والغلام دون المراهق.

الفصل السادس والعشرون
في التوكيل بالإجارة والاستئجار والمزارعة والمعاملة

قد مرّ بعض مسائل الإجارات في كتاب الإجارات في فصل على حدة، وذكرنا مسألة منها في الفصل المتقدم.

١٦٢٦٩ - قال محمد: الوكيل بإجارة الدار خصم في إثبات الإجارة، وفي قبض الأجر، وحبس المستأجر به؛ لأن ذلك من حقوق عقده.

وإذا أبرأ الوكيل بالإجارة المستأجر عن الأجرة، فإن كانت الأجرة عيناً، فالإبراء لا يصح، وإن كانت ديناً، فإن أبرأه بعد الوجوب بأن مضت المدة أو شرط التعجيل في الأجرة، فعلى قول أبي حنيفة ومحمد: يجوز، ويضمن مثل ذلك للآمر، وعلى قول أبي يوسف: لا يجوز، وإن أبرأه قبل الوجوب، ذكر في ظاهر الرواية: أن عند أبي حنيفة ومحمد: يجوز، وعند أبي يوسف: لا يجوز.

وفي غير رواية الأصول: أن عند محمد يجوز، وعند أبي يوسف: لا يجوز، وإن ناقض الوكيل الإجارة مع المستأجر قبل مضي المدة، صحت المناقضة، سواء كانت الأجرة عيناً أو ديناً إذا لم يكن الوكيل قبض الأجر، ولا شرط تعجيله، وإن كان قبض الأجر لا يصح مناقضة، وقد مرّ هذا في كتاب الإجارات، وإن لم يكن قبض الأجر، ولا شرط تعجيله، وذكر شيخ الإسلام: أن مناقضته لا تصح، ولم يذكر فيه خلافاً، وذكر الشيخ الإمام الزاهد أحمد الطواويسي: أن على قول أبي حنيفة ومحمد: يصح، ولا تبطل الإجارة بموت الوكيل، وتبطل بموت الموكل والوصي والأب فيما يؤاجر أن للصغير بمنزلة الوكيل، وقد عرف ذلك في كتاب الإجارات.

١٦٢٧٠ - وللوكيل بالإجارة أن يؤاجر بعرض أو خادم، أما على قول أبي حنيفة فظاهر؛ لأنه وكيل ببيع المنافع، والوكيل ببيع العين يملك البيع بعرض عنده، فكذا الوكيل ببيع المنافع، وأما على قولهما: فقد اختلف المشايخ فيه، قال بعضهم: ليس له

ذلك، كما في الوكيل ببيع العين، وقال بعضهم: له ذلك، بخلاف الوكيل ببيع العين.

١٦٢٧١ – وإذا وكله بإجارة أرض وفيها بيوت وأبنية، ولم يسم البيوت والأبنية، فله أن يؤاجر الأرض مع البيوت، وكذلك إذا كان فيها رحاء ماء، قيل: هذا الجواب على عرفهم، وأما في عرفنا فالوكيل بإجارة الأرض والضيعة لا يكون وكيلاً بإجارة البيوت والأبنية.

١٦٢٧٢ – ولو وكله أن يؤاجر أرضه بدراهم، فآجرها بدنانير، أو دفعها مزارعة بالنصف، لا يجوز، وكذلك لو وكله أن يؤاجرها، ولم يسم البدل، فدفعها مزارعة بالنصف لا يجوز، وكذا لو وكله أن يدفعها مزارعة بالنصف، فآجرها بدراهم أو دنانير لا يجوز، ولو آجرها بحنطة أو شعير، أو بما أشبه مما يخرج من الأرض، ذكر ها هنا أنه لا يجوز، وذكر في المزارعة: أنه يجوز إذا كان ما آجر به من الحنطة مثل نصف ما يخرجه هذه الأرض، قيل: ما ذكر ها هنا يؤول، وتأويله إذا كان ما آجره من الحنطة أقل من نصف ما تخرجه هذه الأرض، أو لا يدرى ذلك، أما إذا كان مثل نصف ما تخرجه الأرض، أو أكثر يجوز، كما ذكر في المزارعة، ومنهم من قال على رواية هذا الكتاب: لا يجوز على كل حال، ولكن هذا القائل لا يجعل في المسألة روايتين، بل يجعل ما ذكر هنا جواب القياس، وما ذكر في المزارعة جواب الاستحسان، ولو وكله أن يأخذ له أرضاً مزارعة، فاستأجرها له بحنطة أو بدراهم أو دنانير، لا يجوز، ولو وكله أن يستأجر أرضاً له، فأخذها مزارعة له، لا يجوز في قول أبي حنيفة، لا لأنه صار مخالفاً، ولكن لأن المزارعة فاسدة عنده، وعندهما: يجوز.

١٦٢٧٣ – الوكيل بالاستئجار يملك الاستئجار بالدراهم والدنانير والمكيل والموزون إذا كان بغير عينه بلا خلاف، ولا يملك الاستئجار بعرض بعينه ولا مكيل أو موزون بعينه، هكذا ذكر بعض مشايخنا في شروحهم.

وذكر نجم الدين النسفي في شرح الشافي: أنه لا يملك الاستئجار عندهما إلا بالدراهم أو الدنانير، أو بما يخرج منها بالمزارعة، ولا يجوز بمكيل في الذمة ولا بموزون في الذمة، وإذا وكل رجلين باستئجار دار، أو أرض، فاستأجره أحدهما وقع العقد له؛

لأن أحد الوكيلين لا ينفرد[1] بالاستئجار، فتعذر إيقاع العقد للموكل، فيقع للوكيل، فإن دفعها الوكيل إلى الموكل، انعقدت بينه وبين الموكل إجارة مبتدأة بالتعاطي، وهذه المسألة تنصيص أن الإجارة تنعقد بالتعاطي.

١٦٢٧٤ - الوكيل بدفع الأرض مزارعة أو بدفع النخيل معاملة إذا أبرأ المزارع أو العامل عن نصيب المالك، لا يجوز، وهذا بلا خلاف؛ لأنه عين وهو ملك الموكل، الوكيل بدفع الأراضي مزارعة إذا دفعها إلى رجل يزرع فيها رطبة، أو شيئاً من الحبوب يجوز؛ لأن هذا نوع مزارعة، وقد وكله بالمزارعة مطلقاً، وإن دفعها إلى رجل يغرس فيها الأشجار والنخيل، لا يجوز، وإن وكله أن يدفع أرضه إلى رجل يغرس فيها النخيل، فدفعها إلى رجل يغرس فيها الأشجار، أو على العكس لا يجوز، وكثير من مسائل المزارعة والمعاملة يأتي ذكرها في كتاب المزارعة.

---

(١) وفي الأصل: "لا ينفرد".

الفصل السابع والعشرون
في التوكيل بالنكاح والطلاق والعتاق واليمين والخلع

عامة مسائل النكاح قد مرت في كتاب النكاح:

١٦٢٧٥ - قال محمد في «الأصل»: رجل قال لغيره: زوّجني امرأة على أنك متى تزوجتها، فأمرها بيدها، فزوجها الوكيل، وشرط لها ذلك، أو لم يشترط. فإن أمرها يصير بيدها، ولو كان قال له: زوجني امرأة، فإذا تزوجت، فقل لها: أمرك بيدك، أو قال: واشترط لها أن أمرها بيدها، لا يصير الأمر بيدها ما لم يشترط الوكيل لها ذلك.

١٦٢٧٦ - وإذا وكلت المرأة رجلاً أن يزوجها فزوجها، وحط عن مهر مثلها مقدار ما لا يتغابن الناس في مثله، ذكر محمد في «الأصل»: أنه يجوز على قول أبي حنيفة، وتصير هذه المسألة حجة لمن يقول من المشايخ: إن الوكيل من جانب المرأة إذا زوجها من غير كفء، فإنه يجوز على قول أبي حنيفة، ومن قال في تلك المسألة: إن على قول أبي حنيفة: لا يجوز النكاح أيضاً، كما هو قولهما، يقول: إذا حط الوكيل من مهر مثلها مقدار ما لا يتغابن الناس في مثله، لا ينفذ عليها، بل يقف على إجازتها؛ لأن على قول هذا القائل إنما لا يجوز إنكاح الوكيل إياها من غير كفء عند أبي حنيفة؛ لأن المرأة ممنوعة عن تزويج نفسها من غير الكفء، لما فيه من إلحاق الضرر بالأولياء غير ممنوعة عن إنكاح نفسها من الكفء، فإذا أمرت بالنكاح مطلقاً، انصرف أمرها إلى النكاح الذي هي غير ممنوعة عنه شرعاً، وهو النكاح من الكفء، لا إلى النكاح الذي هي ممنوعة عنه شرعاً، وهو النكاح من غير الكفء.

إذا ثبت هذا في تلك المسألة جئنا إلى مسألتنا، فنقول: المرأة ممنوعة عن إنكاح نفسها بأقل من مهر مثلها مقدار ما لا يتغابن الناس في مثله؛ دفعاً للعار عن الأولياء غير ممنوعة عن إنكاح نفسها بمهر مثلها، أو بأقل مقدار ما يتغابن الناس في مثله، فينصرف أمرها بالنكاح إلى النكاح الذي هي ليست بممنوعة عنه، لا إلى النكاح الذي هي ممنوعة

عنه.

الواحد يصلح وكيلاً بالنكاح من الجانبين، وإن لم يكن البدل مسمى؛ لأنه لا يؤدي إلى التضاد، لا باعتبار الحقوق، ولا باعتبار التسمية، أما باعتبار الحقوق لأن حقوق النكاح لا ترجع إلى العاقد، وأما باعتبار التسمية لأن للوكيل بدّ من التسمية في باب النكاح؛ لأن النكاح ينعقد معاوضة بدون التسمية.

١٦٢٧٧- وإذا وكل الرجل رجلاً أن يطلق امرأته، ثم طلقها الزوج قبل طلاق الوكيل، فهذا لا يكون عزلاً للوكيل، حتى لو طلقها الوكيل في العدة؛ يقع الطلاق؛ لأن الموكل لم يأت بعين ما أمر به الوكيل، حتى يخرج الوكيل من الوكالة؛ لأن التوكيل حصل بواحد من الثلاث، لا بعينها، فما أوقع الموكل لا يكون عين المأمور به؛ فلا يخرج الوكيل به عن الوكالة، وكان بمنزلة ما لو أمره أن يزوج له امرأة لا بعينها، ثم تزوج الموكل امرأة، فالوكيل لا يخرج من الوكالة، وطريقه أن الموكل لم يأت بعين ما أمر الوكيل به، وإن لم يطلقها الوكيل في العدة حتى تزوجها الموكل، ثم طلقها الوكيل في النكاح الثاني، لا يقع الطلاق؛ لأن التوكيل بالطلاق أمر بإزالة ملك النكاح، وقد انصرف هذا الأمر إلى الملك القائم؛ لأن الأمر بما يملكه الموكل ينصرف إلى الحالة القائمة، وهذا ملك حدث فلا يقدر الوكيل على إزالته.

١٦٢٧٨- وإذا وكله أن يطلقها واحدة بائنة، فطلقها واحدة، يملك الرجعة، أو وكله أن يطلقها واحدة رجعية، فطلقها تطليقة بائنة، فإنه يقع عليها تطليقة على حسب ما أمره الزوج؛ لأن الوكيل أتى بأصل المأمور به، وهو إيقاع الطلاق، إلا أنه خالفه في الصفة، فوقع أصل المأمور به عن الآمر لكون المأمور ممتثلاً فيه، وإذا وقع أصل المأمور به عن الآمر تثبت الصفة التي أمر بذلك؛ لأن الصفة تبعة للموصوف.

الواحد يتولى طرفي الخلع إذا كان المال مسمى، ولا يتولى إذا لم يكن البدل مسمى في ظاهر الرواية، هكذا ذكر شيخ الإسلام، وذكر شمس الأئمة الحلواني في شرحه: أن المال إذا كان مسمى في التوكيل بالخلع، ففيه روايتان.

١٦٢٧٩- إذا وكل الرجل رجلاً أن يطلق إحدى نسائه، فطلق واحدة منهن بعينها صح، وليس للزوج أن يصرف الطلاق إلى غيرها، وكذلك لو طلق واحدة منهن لا

بما شاء، ويكون الخيار للزوج، وهذا لأن إحداهن كما يطلق على واحدة منكرة يطلق على واحدة بعينها، ألا ترى أنه يستقيم أن يقول: هذه من إحدى نسائه، وقد حصل التوكيل مطلقاً من غير تقييد الإحدى بالمعينة، ولا بالجهالة، فيجري على إطلاقه. ويصير تقدير المسألة كأنه قال: طلق واحدة من نسائي إن شئت بعينها، وإن شئت بغير عينها، ولو نص على هذا، كان الجواب ما قلنا، فهنا كذلك.

١٦٢٨٠ - وإذا وكل الرجل رجلاً أن يطلق امرأته للسنة، وهي من تحيض، وكان التوكيل في حالة الحيض، أو في طهر جامعها فيه، فطلقها في حالة الحيض، أو في ذلك الطهر، لا يقع الطلاق؛ لأنه ليس بتوكيل للحال، بل وكالته مضافة إلى الطهر في الصورة الأولى، وإلى الحيض والطهر في الصورة الثانية.

وكذلك لو قال لها في هذه الحالة: أنت طالق للسنة، أنت طالق إذا طهرت في الصورة الأولى، أنت طالق إذا حضت، وطهرت في الصورة الثانية، لا يقع الطلاق، وإن طهرت في الصورة الأولى، أو حاضت وطهرت في الصورة الثانية، فطلقها الوكيل، يقع الطلاق؛ لأنه صار وكيلاً الآن، فالإيقاع حصل بحكم التوكيل فيقع.

١٦٢٨١ - وإذا قال لغيره: إذا تزوجت فلانة فطلقها فتزوجها، فطلقها الوكيل صح؛ لأن هذا تعليق الوكالة بشرط، وتعليق الوكالة بالشرط صحيح. وإذا وكل عبده بطلاق امرأته، ثم باع العبد، فهو على وكالته.

١٦٢٨٢ - ويجوز التوكيل بالعتق، سواء كان العتق على مال أو على غير مال، وليس للوكيل أن يقبض المال إذا أعتق، ولا يقتصر التوكيل على المجلس، وهذا بخلاف ما لو قال لعبده: أعتق نفسك، فإن ذلك يقتصر على المجلس، والوكيل بالإعتاق مطلقاً لا يملك التدبير والكتابة والإعتاق على مال، ولهذا لا يملك التعليق بالشروط والإضافة إلى الأوقات، ولا يبطل التوكيل بالعتق بتدبير المولى إياه واستيلاده إياها؛ لأن بالتدبير والاستيلاد لا يعجز الوكيل عن الامتثال، ويبطل ببيع المولى إياه، فإن عاد إلى ملكه بعد البيع، فإن عاد إلى ملكه بما هو فسخ عادت الوكالة، وإن عاد بما هو في حكم عقد جديد، لم تعد الوكالة، وكذا لو أسره العدو، وأدخلوه دارهم، ثم رجع إلى المولى بملك جديد، لم تعد الوكالة.

ولو وكله بعتقها، ثم إن المولى أعتقها انعزل الوكيل، وإن ارتدت، ولحقت بدار الحرب فسبيت، ثم ملكها المولى القديم، فأعتقها الوكيل لم يصح؛ لأنه ملك جديد.

١٦٢٨٣- قال محمد في "كتاب العلل": إذا وكل الرجل رجلاً بعتق عبد بعينه، فقال الوكيل: لأعتقته[١] أمس، وقد وكله قبل أمس، فإنه لا يصدق على ذلك من غير بينة، ولو كان ذلك في بيع أو نكاح، أو عقد من العقود، فإنه يصدق، قال: ألا ترى أن في الوكيل بالبيع والنكاح لو عقد رجل آخر، وأجاز الوكيل عقده جاز، وفي العتاق والطلاق لو فعل غير الوكيل ذلك، فأجازه لا يجوز، وكان الحاكم الإمام أبو محمد الكفيني يقول: بأن محمداً ذكر جواب مسألة العتق والنكاح والبيع في كتاب الوكالة، كما ذكر في "كتاب العلل". وكنا[٢] نقول: إنما اختلف الجواب لاختلاف الموضوع، موضوع مسألة العتق أنه وكله اليوم، والوكيل يقول: أعتقه أمس، فيكون هذا دعوى الإعتاق قبل الوكالة، فلا يسمع ذلك منه، وموضوع مسألة البيع والنكاح إنه وكله قبل أمس، فيقول اليوم: بعته وزوجتها أمس، فيكون هذا دعوى للنكاح والبيع بعد الوكالة، فيسمع منه، ولو كان في العتق هكذا، كنا نقول: بأنه يقبل قوله، إلا أن محمداً ذكر مسألة العتق والطلاق مفسراً[٣] في "كتاب العلل"، وقال: إذا وكله بعتق عبده، فقال الوكيل: أعتقته[٤] أمس، وقد وكله قبل أمس لا يصدق على ذلك.

وفرق بين الوكيل بالنكاح والبيع وبين الوكيل بالعتق والطلاق، فقال: ألا ترى أن في الوكيل بالنكاح والبيع لو عقد رجل آخر، وأجاز الوكيل عقده جاز، وفي الوكيل بالعتق والطلاق، لو عقد رجل آخر، وأجاز الوكيل عقده، لم يجز، وأراد بما قال، والله أعلم أن الوكيل في الطلاق والعتاق رسول؛ لأن العمل بحقيقة الوكالة متعذر؛ لأن التوكيل لتفويض الرأي إلى الوكيل، وجعله بمنزلة المالك، وتفويض الرأي إلى الوكيل إنما يتحقق فيما يحتاج فيه إلى الرأي والطلاق المفرد والعتاق المفرد، لا يحتاج فيهما إلى

---

(١) هكذا في النظ فقط، وكان في بقية النسخ: "أعتقه".

(٢) وفي م: "ولكنا" وفي الأصل: "وكان يقول".

(٣) هكذا في ظ وف، وكان في الأصل وم: "مفسداً".

(٤) هكذا في ظ، وكان في بقية: "أعتقه".

الرأي، فتعذر العمل بما يقتضي حقيقة الوكالة، فجعلناها مجازاً عن الرسالة؛ لأن الوكالة تتضمن معنى الرسالة، والرسول ينقل عبارة المرسل، فصار المأمور مأموراً بنقل عبارة الآمر، لا بشيء آخر، ألا ترى أن غيره لو باشر ذلك العقد[١]، وأجازه المأمور، لا يجوز؛ لأنه مأمور بالنقل، والإجازة ليس من النقل في شيء، فكذا لا يملك الحكاية عن عتق وطلاق ماضٍ؛ لأن الحكاية ليست من النقل في شيء، فأما في النكاح والبيع العمل بحقيقة الوكالة ممكن؛ لأن البيع والنكاح مما يحتاج فيهما إلى الرأي، فاعتبر المأمور وكيلاً، والوكيل بمنزلة المالك من حيث إن الرأي مفوّض إليه كما مفوّض إلى المالك، والمالك كان يملك مباشرة البيع أو النكاح، ويملك الإخبار عن بيع ونكاح ماضٍ، وكذا الوكيل يملك أيضاً، ألا ترى أن غيره لو باشر البيع أو النكاح، وأجازه هو جاز، كما لو أجازه المالك، فكذا إذا حكى عن نكاح ماضٍ، وعن بيع ماضٍ.

١٦٢٨٤- وفي "المنتقى" عن محمد: امرأة وكّلت رجلاً أن يزوجها من شاء، فجاء من الغد، وقال: قد زوّجتك من هذا الرجل أمس، وصدقه ذلك الرجل، وقالت المرأة: ما زوجتني، ولا تزوجني من أحد، لا يصدق الوكيل في ذلك -والله أعلم-.

١٦٢٨٥- وفي وكالة المختلفات للفقيه أبي الليث: وإذا وكله بأن يعتق نصف عبده، فأعتق كله لا يجوز، ولا يعتق شيء منه، وقال أبو يوسف ومحمد: يجوز، ويعتق كله، ولو وكله أن يعتق كله، فأعتق نصفه، عتق النصف، وقالا: عتق الكل، وعن محمد: في رجلين لكل واحد منهما عبد وكّلا رجلاً واحداً، وكله كل واحد منهما على حدة أن يعتق عبده، فقال الوكيل: أعتقت أحدهما ومات قبل البيان، فالقياس أن لا يعتق واحد منهما، وفي الاستحسان: يعتقان جميعاً، ويسعى كل واحد منهما في نصف قيمته، وجه القياس أن الآتي غير ما وكل به؛ لأنه وكله بإعتاق منجز، وإعتاق المجهول بمنزلة تعليق العتق بالبيان، وجه الاستحسان أن إعتاق المجهول اعتبر منجزاً في حق المعتق، وإن كان تعليقاً في حق المحل على ما عُرف في موضعه.

١٦٢٨٦- وفي وكالة الأصل والمختلفات: إذا وكله أن يُطلق امرأته واحدة، فطلقها ثنتين لا يقع شيء عند أبي حنيفة، وعندهما تقع واحدة، وإذا قال لعبده: أعتق

---

(١) هكذا في ظ، ف، م، وكان في الأصل: "العتق".

بعبدك ما شئت ، فأعتقه على دراهم ، فهو جائز إذا رضي به المولى ، وهذا لأن الواحد لا يصلح وكيلا في العتق من الجانبين إذا لم يكن البدل مسمى ، فصار وجود هذا التوكيل والعدم بمنزلة ، ولو عدم التوكيل . فقال العبد : أعتقت نفسي على كذا ، إن رضي به المولى جاز وإلا فلا ، وروى ابن سماعة عن محمد أنه يصلح وكيلا من الجانبين ، وإن لم يكن البدل مسمى ، وبعض مشايخنا صححوا رواية ابن سماعة ، ولو كان البدل مسمى في هذه الصورة ، فقال العبد : أعتقت نفسي على كذا جاز ، ولا يشترط رضى المولى بعد ذلك .

١٦٦٢٨٧ - ويجوز التوكيل باليمين بالطلاق ، قال الصدر الشهيد : استخرجته من مسألة في باب من الطلاق الذي يكون من غير الزوج في طلاق الجامع . وصورة تلك المسألة رجل قال لامرأة الغير : إذا دخلت الدار ، فأنت طالق ، فأجاز الزوج ذلك ، فدخلت بعد الإجازة طلقت ؛ لأن اليمين تصرف يملك[1] الزوج مباشرته بنفسه وبنائبه ، فيتوقف على إجازته ، ولو دخلت الدار قبل الإجازة لا تطلق ، فإن عادت بعد الإجازة فدخلت الآن تطلق ؛ لأن تصرف الفضولي إنما يصير يمينًا بالإجازة مقصورًا على حالة الإجازة ، والأيمان تقتضي شروطًا في المستقبل ، فيراعى وجود الشرط بعد الإجازة ، فقد أثبت حكم اليمين مقصورًا على حالة الإجازة ، وفرق بينه وبين البيع الموقوف على الإجازة ، فأثبت حكمه عند الإجازة من وقت العقد حتى قال : يثبت الملك للمشتري في الولد والزيادة الحادثة فيما بين العقد والإجازة ، ذكره في الباب الأول من غصب الكافي .

والفرق . وهو الأصل في جنس هذه المسائل أن كل تصرف توقف حكمه على الإجازة ، فالأصل أن يجعل سببه معلقًا بالشرط ؛ لأن في جعله سببًا من وقت وجوده تخلف الحكم عن السبب ، وإنه خلاف الأصل ، إلا أن التصرف الذي لا يحتمل التعليق بالشرط ، كالبيع ونحوه يجعل سببًا للحال ، ويجعل حكمًا متراخيًا إلى وقت الإجازة ، فعند الإجازة يثبت الملك من وقت مباشرة البيع ، أما التصرف الذي يحتمل التعليق يمكن تعليقه بالإجازة ، فيجعل معلقًا ، ويجعل عند الإجازة كأنه وجد الآن ، واليمين تحتمل

---

(١) وفي الأصل : يملك الزوج بمباشرته بنفسه .

التعليق بالشرط، فجعلناها معلقة بالإجازة، وصار من حيث المعنى كأنه قال لها بعد الإجازة: إن دخلت الدار فأنت طالق، فإنما يثبت حكمه من هذا الوقت، وكذلك الأمر باليد ونحوه من التفويض إذا أجازه الزوج يثبت حكمه مقصوراً على وقت الإجازة حتى لا يقع الطلاق الموقع قبل الإجازة، ويقع الطلاق الموقع بعد الإجازة.

١٦٢٨٨- وإذا وكل الرجل رجلاً أن يخلع امرأته، ووكلت المرأة ذلك الرجل أيضاً بالخلع، إن كان البدل مسمى في التوكيل، جاز، وتم الخلع بمباشرته، فالأصل أن الواحد في باب الخلع يتولى الخلع من الجانبين إذا كان البدل مسمى باتفاق الروايات، وإذا لم يكن مسمى لا يتولى إلا في رواية ابن سماعة عن محمد، وقد ذكرنا ذلك في كتاب الطلاق في فصل الخلع، وعلى هذا إذا وكلت المرأة زوجها أن يخلعها.

١٦٢٨٩- وإذا وكلت الذمية مسلماً بخلعها من الذمي على خمر أو خنزير يجوز، وليس هذا كالتوكيل بشراء الخمر والخنزير؛ لأن الحقوق هنا لا ترجع إلى العاقد، وهو الوكيل؛ لأن الوكيل في الخلع سفير ومعبر، والحقوق لا ترجع إلى السفير، وإنما ترجع إلى من وقع العقد له، وإنما قلنا: إنه سفير لوجهين: أحدهما: أنه لا يستغني عن إضافة الخلع إلى المرأة لابد وأن يقول للزوج: اخلع امرأتك، وفي مثل هذا يعتبر الوكيل سفيراً، كما في باب النكاح، والثاني: أن الموكل به مما لا يقبل النقل من ملك إلى ملك، وفي مثل هذا يعتبر الوكيل سفيراً كالوكيل في باب النكاح.

١٦٢٩٠- قال في «الجامع»: وإذا وكلت المرأة رجلاً أن يخلعها من زوجها على ألف درهم، فخلعها على ألف درهم من مال نفسه، وإن قال للزوج: اخلعها بألف من مالي، أو قال: بهذه الألف، وأشار إلى ماله، فإنه يخاطب الوكيل بأداء ألف درهم، إما هذه الألف المشار إليها، وإما ألف أخرى؛ لأن ما يجب بالخلع على التوكيل يجب ابتداء بالخلع، وقد ذكرنا ذلك في كتاب الطلاق في مسائل الخلع، فكذا عقد الوكيل كعقد المرأة، والمرأة لو خالعت من زوجها على ألف من مالها، أو أشارت إليها يلزمها ألف درهم، إما هذه الألف وإما ألف أخرى، فكذا الوكيل بالخلع.

الفصل الثامن والعشرون

في التوكيل بالصلح

١٦٢٩١ - التوكيل بالصلح عن المال إرسال من وجه، وتوكيل من وجه؛ لأنه يشبه البيع والشراء من حيث إنه تمليك مال بمال، ويشبه الخلع والعتق من حيث إن الصلح إسقاط من وجه، ولو كان كالبيع من كل وجه كان التوكيل به توكيلا من كل وجه، لا إرسالا حتى لو أراد الوكيل أن يجعل نفسه رسولا لا يقدر، ولو كان إسقاطا من كل وجه كالخلع والعتق على مال، كان التوكيل به إرسالا من كل وجه، لا توكيلا حتى لا يلزمه شيء من الحقوق، فإذا كان بينهما كان التوكيل به توكيلا من وجه وإرسالا من وجه.

وإذا كان التوكيل بالصلح عن المال توكيلا من وجه، وإرسالا من وجه، كان الوكيل بالصلح بالخيار، إن شاء جعل نفسه رسولا في الصلح، فيضيف الصلح إلى الموكل، فيقول للمدعي: صالح فلانا، فلا يلزمه بدل الصلح، وإن شاء جعل نفسه وكيلا، فيضمن بدل الصلح، فيقول: صالحتك على ألف على أني ضامن، أو يقول: على ألف من مالي، يكون وكيلا في هذه الحالة حتى يكون هو المطالب ببدل الصلح.

١٦٢٩٢ - وإن أضاف الصلح إلى نفسه، بأن قال: صالحتك على ألف، ولم يضمن بدل الصلح، ولم يضفه إلى مال نفسه، ولا إلى مال الآمر، بل أطلق الكلام إطلاقا، أنه يصير رسولا في هذه الحالة، حتى لا يلزمه بدل الصلح، هكذا ذكر شيخ الإسلام، وفي شرح الشافي أنه يصير وكيلا، هذا إذا كان وكيلا بالصلح من قبل المدعى عليه، فإن كان وكيلا بالصلح من قبل المدعي، إن أضاف الصلح إلى الموكل، كان رسولا حتى لا يكون له حق قبض البدل، وإن أضاف الصلح إلى نفسه، بأن قال: على أن أقبض البدل، كان وكيلا، ويكون له حق قبض البدل، وإن لم يقل ذلك، كان رسولا ولا يكون له قبض البدل.

١٦٢٩٣ - الوكيل بالصلح من جانب المدعى عليه إذا ضمن بدل الصلح، أو أضاف الصلح إلى ماله حتى يلزمه بدل الصلح لو أدى، يرجع بما أدى على الموكل، وكذلك الوكيل بالخلع على هذا، الوكيل بالنكاح إذا زوج، وضمن المهر، وأدى لا يرجع على الزوج بما ضمن، وإن كان الضمان بغير أمر الآمر في الفصول كلها، وقد مر فصل الوكيل بالنكاح في كتاب النكاح، وفصل الوكيل بالطلاق في كتاب الطلاق.

١٦٢٩٤ - الوكيل بالصلح عن دم العمد من جانب المطلوب بمنزلة الوكيل بشراء النفس، إن صالح على بدل هو مثل قيمة النفس، أو أقل من قيمة النفس، أو أكثر مقدار ما يتغابن الناس فيه يجوز بلا خلاف، وإن صالح على بدل هو أكثر من قيمة النفس، بحيث لا يتغابن الناس فيه لا يجوز بلا خلاف.

١٦٢٩٥ - والوكيل بالصلح من جانب الطالب عن دم العمد وكيل ببيع النفس، إن صالح على بدل هو مثل قيمة النفس، أو أقل مقدار ما يتغابن الناس فيه، يجوز بلا خلاف، وإن صالح على بدل أقل من قيمة النفس مقدار ما لا يتغابن الناس فيه، فعلى الاختلاف، وإذا أقر وكيل المطلوب بالدم عند القاضي أن الطالب يطالب موكله بحق، جاز إقراره عليه قياساً، وفي الاستحسان لا يجوز إقراره عليه، ولا يقبل؛ لأن القصاص لا يستوفى بالشبهات، وفي هذا شبهة.

١٦٢٩٦ - والوكيل بالصلح لا يكون وكيلاً بالخصومة؛ لأنها غيره، وإذا أقر على موكله لا يصح؛ لأنه ليس بخصم، فلم يكن هذا إقرار خصم، وكذا إذا اشترى شيئاً وطعن فيه بعيب، ووكل رجلاً بالصلح عن العيب، فأقر الوكيل أن المشتري أبطل العيب، ورضي به لا يجوز إقراره على الموكل.

١٦٢٩٧ - وكيل المدعى عليه بالصلح إذا وكل رجلاً بالصلح، ولم يأمره الموكل بذلك نصاً، ولا قال له: ما صنعت من شيء فهو جائز، فصالح الوكيل الثاني المدعي، والموكل قد كان دفع المال إلى الوكيل، لم يلزم الموكل الأول، وله أن يسترد المال؛ لأنه ما رضي إلا بقول الأول، وإن لم يكن الموكل دفع المال، وصالح الوكيل الثاني، ودفع مال نفسه، لم يلزم الموكل الأول، وجاز على الوكيل الثاني، وهو الوكيل الأول، وهو متبرع.

وكذلك لو كان وكل اثنين ، ففعل أحدهما ، أو أمره بالصلح بألف ، فصالح بألفين أو مائة دينار ، أو عرض أو كيلي أو وزني من مال الوكيل جاز على الوكيل ، وهو متبرع ، ولو صالح على أقل من ألف جاز على الموكل ، ولو صالحه على كر شعير ، أو دراهم ، وقد كان وكله أن يصالحه على كر حنطة ، فهو على الوكيل ، وهو متبرع ، ولو صالحه على كر حنطة وسط غير عين ، وكان الموكل دفع إليه كر حنطة وسط ، جاز على الموكل استحسانًا ؛ لأنهما سواء ، فلم يكن خلافًا .

١٦٢٩٨ - وإذا ادعى رجل دارًا في يدي رجل ، فوكل المدعى عليه رجلا ليصالح مع المدعي ، ولم يسم له شيئًا ، فهو بمنزلة الوكيل بالشراء ؛ فيتحمل منه الغبن اليسير دون الفاحش ، وإن كان وكيلا من جهة المدعي ، فهو بمنزلة الوكيل بالبيع ، فيتحمل منه الغبن الفاحش عند أبي حنيفة .

١٦٢٩٩ - وإذا صالح وكيل المطلوب على عبد المطلوب ، ولم يكن المطلوب سمى شيئًا ، جاز ، والمطلوب بالخيار ، إن شاء أعطى عين العبد ، وإن شاء قيمته ، وكذلك كل عين لا مثل له ، وهذا لأنه لم يأمره بالصلح على هذا العين ، فصار كالصلح على عبد الغير ، والجواب ثمة كذلك ، وهو كاستحقاق العين المسمى أنه يوجب القيمة ، وإن صالحه على عين له مثل ، فإن شاء المطلوب أعطى عينه ، وإن شاء أدى مثله .

١٦٣٠٠ - وإذا ادعى رجل عينًا في يدي رجل ، فوكل المدعى عليه رجلا بالصلح مع المدعي ، وأمره بالضمان ، فصالحه على مال مؤجل وضمن ، فهو للوكيل على الموكل مؤجلا ؛ لأنه على الوكيل كذلك ، وإن صالح على مال حال ، فللوكيل على الموكل كذلك ، وله أن يطالب الموكل قبل أن يؤدي هو بخلاف الكفيل حيث لا يرجع على المكفول عنه قبل أدائه ؛ لأن هذا توكيل بالشراء ، والوكيل بالشراء يرجع قبل أدائه بنفسه .

١٦٣٠١ - وإذا صالح الوكيل الطالب على مال على أنه على الموكل دون الوكيل صح ؛ لأنه لو سكت عن هذا الشرط ، كان كذلك ؛ لأن الحقوق لا ترجع إلى الوكيل بالصلح ، ولو أن الطالب وكل وكيلا بالصلح والقبض ، فله القبض للإفصاح به ، ولو

وكل الطالب رجلاً يصالح المطلوب، والمطلوب[١] رجلاً يصالح الطالب، فالتقى الوكيلان، واصطلحا جاز، ولم يكن خلاف؛ لأن الصلح مع الوكيل صلح مع الموكل حكمًا، ولكن رواية لا خلافًا.

١٦٣٠٢- ولو كان دم الخطأ بين ورثة فوكل أحدهم بالصلح في حصته، فصالح على دراهم وقبضها، فللباقين أن يشاركوه فيما قبض بالحصص؛ لأنه قبض ما هو حقهم جميعًا؛ لأن قتل الخطأ يوجب المال مشتركًا بينهم، وهذا بخلاف دم العمد إذا صالح منه أحدهم على مال وقبضه حيث اختص به.

١٦٣٠٣- ولو هلك المال في القتل الخطأ في يد الوكيل، فهو كهلاكه في يد الموكل، ولا يضمن الوكيل لهم؛ لأنه أمين لهم، ولهم أن يأخذوا الموكل بحصصهم؛ لأنه[٢] كأنه قبضه بنفسه، وإذا قضي بالإبل في الدية، فوكل الطالب وكيلاً بقبضها، فقبضها وأنفق عليها، فهو متبرع في الإنفاق؛ لأنه لم يؤمر بالإنفاق، وإذا قضي بالدية من جنس، فقبض الوكيل من جنس آخر، لم يجز لمكان الخلاف.

١٦٣٠٤- وإذا وكل رجلاً بالصلح في شجة ادعيت عليه، وأمره بالضمان، فصالح الوكيل على أكثر من خمسمائة، فإن كانت الشجة خطأ جاز بخمسمائة، وبطل الفضل؛ لأنه مقدر شرعًا، فالفضل عليه يكون ربا، فلا يجب كما لو فعل الموكل بنفسه، ولو كانت عمدًا جازت[٣] الزيادة بقدر ما يتغابن فيه؛ لأنها لا توجب المال شرعًا، فلا يكون ربا، وإن كانت الزيادة بحيث لا يتغابن فيها لم يجز بالإجماع؛ لأنه كالوكيل بالشراء، فيتقيد بالعرف، وإن مات المشجوج، بطل الصلح في الوجهين على قياس قول أبي حنيفة، والطالب على دعواه، وهي مسألة العفو عن الشجة أنه لا يكون عفوًا عن السراية عنده، فكذا الصلح، وإن كان الوكيل صالح عن الجناية، ثم برأ من الشجة بطل الصلح عنده؛ لأن الصلح عن الجناية صلح عن النفس عنده، وظهر أن لم يكن نفسًا وإن مات، فالصلح جائز على الوكيل خاصة إن ضمن؛ لأنه وكله بالصلح

(١) وفي ف: والمطلوب وكل رجلاً.

(٢) وفي ف: لأنه كان قبضه بنفسه.

(٣) وفي الأصل: فأجازت.

عن الشجة دون النفس ، وقالا : جاز على الآمر برأ أو مات .

١٦٣٠٥ - وكيل الشجوج بالصلح عن الموضحة إذا حط شيئًا عن الخمسمائة ، فإن كان قدر ما يتغابن فيه يجوز إجماعًا ، وإن كان قدر ما لا يتغابن الناس فيه ، فالمسألة على الخلاف ، كما في البيع بالبيع ، وإن كان هذا الوكيل صالح منها ، ومن جرح آخر معها ، جاز على الموكل نصفه إذا استوى أرشاهما ؛ لأنه وافقه في النصف ، والباقي على الوكيل إن كان قد ضمن ؛ لأنه خالف ، فإن اختلف الأرش لزمه بحسابه إذا قسم البدل عليهما ، والزيادة على الوكيل إذا ضمن ، وإن وكله بالصلح في موضحة ، وما يحدث منها ، فصالحه من موضحتين ، وما يحدث منهما ، وضمن جاز على الموكل النصف ، وعلى الوكيل النصف .

١٦٣٠٦ - وإذا شج رجلان رجلًا موضحة ، فوكل وكيلًا يصالح عنهما ، فصالح عن أحدهما بعينه على مائة درهم جاز ، وعلى الآخر نصف الأرش ؛ لأنه وكيل كل واحد منهما ، فعن أيهما صالح يجوز ، وإن صالح عن أحدهما ولم يبين جاز ، والبيان إليه ؛ لأن الإبهام كان منه ، وكذلك إذا شج رجل رجلين ووكلا وكيلًا بالصلح عنه ، فصالح عن أحدهما بعينه جاز ، وإن صالح عن أحدهما ولم يبين ، فالصلح جائز ، والبيان إليه .

١٦٣٠٧ - وإذا شج حر وعبد رجلًا موضحة ، فوكل الحر ومولى العبد وكيلًا ، فصالح عنهما على خمسمائة ، فعلى المولى نصفها وعلى الحر نصفها ، وإن كانت قيمة العبد خمسين ؛ لأن الصلح وقع عن الشجة ، وهي منهما ، وكذلك في دم الخطأ إذا وكل المولى والحر وكيلًا ، فصالح عنهما على عشرة آلاف درهم ، فهي عليهما نصفان .

١٦٣٠٨ - ولو قتل رجل حرًا وعبدًا ، فوكل مولى العبد وولي الحر رجلًا ، فصالح مع القاتل ، فهذه المسألة على أربعة أوجه : الأول : أن يكون كلاهما عمدًا وقيمة العبد خمسمائة ، والصلح وقع على أحد عشر ألف درهم ، وفي هذا الوجه يقسم البدل بينهما ، يضرب فيه ورثة الحر بعشرة آلاف درهم ، ويضرب وارثه المولى بخمسمائة ، فيصير على أحد وعشرين ، وهذا لأن حق المولى قيمة العبد ، وهي خمسمائة ، وحق ورثة الحر دية الحر ، وهي عشرة آلاف درهم ، إلا أن الصلح إذا كان على قدر دية الحر

بقيمة العبد، أو كان فيه غبن يسير جاز بالإجماع، وإذا كان بغبن فاحش، فالمسألة على الاختلاف، كما في التوكيل بالبيع.

ولو كان قتلاهما خطأ، فلورثة الحر ههنا عشرة آلاف درهم؛ لأن الدية مقدرة بينا، فالزيادة عليها تكون ربا، والباقي يكون لمولى العبد، ولو كان قتل العبد عمداً، وقتل الحر خطأ، فكذلك الجواب لورثة الحر عشرة آلاف درهم، والباقي لمولى العبد.

ولو كان قتل العبد خطأ، وقتل الحر عمداً، فالجواب فيه كالجواب فيما إذا كانا عمدين؛ لأن الصلح على أكثر من الدية في العمد جائز عندنا. ولو قتل عبد خطأ، فوكل مولاه رجلاً بالصلح عنه، فصالحه على عشرة آلاف درهم جاز، ويرد المولى عشرة؛ لأن دية العبد لا تبلغ دية الحر[1]، بل تنقص عنها عشرة.

١٦٣٠٩ - ولو فقئت عين العبد، فصالح عنها على خمسة آلاف درهم، جاز عند أبي يوسف، ولو كان مكان فقء العين موضحة، فصالح عنها على ألف درهم جاز عند أبي يوسف، ولو صالحه عنها على عشرة آلاف درهم نقص منه أحد عشر درهماً جاز عنده، وعند محمد لا يجب في فقء العين إلا خمسة آلاف درهم غير خمسة دراهم، ولا يجب في الموضحة إلا خمسمائة درهم غير نصف درهم؛ محمد اعتبر ما دون النفس بالنفس، وفي النفس يجب عشرة آلاف درهم إلا عشرة، والعين نصف النفس، فيجب فيها خمسة آلاف درهم إلا خمسة، وفي الموضحة خمسمائة، وهي[2] نصف عشر الدية، فينقص عنها نصف درهم، وأبو يوسف يقول: ما دون النفس في العبد يسلك بها مسلك الأموال، حتى يجب موجبه في مال الجاني، ولا تتحمله العاقلة، فيجوز الصلح بما سمى إلا إذا زاد على عشرة آلاف درهم، فينقص منه أحد عشر؛ لأن العبد لا يجب بقتله عشرة آلاف درهم، فكيف يجب بقطع طرفه عشرة آلاف درهم؟ وينقص[3] درهم آخر حتى لا يبلغ دية الطرف دية النفس.

١٦٣١٠ - وإذا قال: وكلتك بصلحي، ولم يزد على هذا، فليس له أن يصالح

---

(١) هكذا في ط وكذا في الأصل وفي م: [illegible]

(٢) وفي م: وهو نصف.

(٣) وفي م: وانتقص.

عنه ، ولا أن يعفو ، ولا أن يخاصم فيها ، ولو أخذ أرشها تامًا ، فإن كانت الشجة خطأ ، فالقياس أن لا يجوز ، وفي الاستحسان : يجوز ، وهذا بناء على ما قلنا في صدر الكتاب : إن مطلق التوكيل بالشيء توكيل بحفظ ذلك الشيء ، وعين الشجة لا تحفظ ، فكان هذا توكيلا بحفظ ما وجب به ، وهو الأرش وحفظ الأرش بالقبض ، ولو كانت الشجة عمدًا ، فليس له قبض أرشها .

الفصل التاسع والعشرون
في البضاعة

١٦٣١١- قال محمد في "الزيادات": وإذا دفع الرجل إلى غيره ألف درهم بضاعة ليشتري بها ثوبًا، أو قال: أثوابًا، أو قال: ثلاثة أثواب صح؛ لأن البضاعة تبنى على العموم، وتفويض الرأي، فكأنه قال: اشتر لي بهذه الألف أي ثوب شئت، أي ثلاثة أثواب شئت، ولو نص على ذلك يجوز، فكذلك ههنا، وكذلك إذا دفع إليه ألف درهم بضاعة، وقال: اشتر لي بها شيئًا جاز، لما ذكرنا.

ولو قال له: اجعل لي من مالك بضاعة ألف درهم، فاشتر لي به شيئًا، ففعل كان جائزًا، وأي شيء اشترى، فهو للآمر، وهذا لأنه لما أمره أن يجعل له من ماله بضاعة ألف درهم، فقد استقرض منه ألف درهم ليكون بضاعة في يديه، فإذا تم الإقراض كان بمنزلة مال دفعه إليه بضاعة، وهناك كان الجواب كما قلنا، فههنا كذلك.

فإن قيل: تمام الإقراض يكون بالقبض ولم يوجد القبض ههنا من المستقرض؟!

قلنا: ليس الشرط قبض المستقرض لا محالة، ألا ترى أنه لو قال لغيره: أطعم عني عشرة مساكين، ففعل جاز، وصار الآمر مستقرضًا، وإن لم يوجد منه القبض، وناب قبض المساكين عن استيفائهم لأنفسهم، وعن قبض الآمر كذا ههنا ينوب قبض الذي يبيع من المستبضع عن استيفائه لنفسه، وعن قبض الآمر المستقرض.

١٦٣١٢- ولو قال: خذ هذه الألف بضاعة جاز، ويصير مأذونًا بالشراء، ولو قال: خذ هذا الثوب بضاعة جاز، ويصير مأذونًا بالبيع. وهذا لأن البضاعة تفويض الأمر إلى رأي المتصرف في المال المدفوع غير أن التصرف في الدراهم عادة يكون بالشراء بها، والتصرف في الثياب عادة يكون بالبيع، ومطلق الأمر ينصرف إلى المعتاد، ثم في الثوب ينفذ بيعه بما عز وهان، وبأي ثمن كان عند أبي حنيفة، وعندهما: ينفذ بيعه إلا بالدراهم والدنانير بما يتغابن الناس في مثله، وفي الدراهم لا ينفذ شراؤه على الآمر إلا

بمثل القيمة، أو بما يتغابن الناس في مثله.

١٦٣١٣ - ولو قال: خذ هذه الألف بضاعة، واشتر لي بها وبع لعل الله يرزقني شيئًا، كان جائزًا، وله أن يشتري بها ويبيع؛ لأنه فوّض إليه البيع، كما فوّض إليه الشراء، وبين بقوله: لعل الله يرزقني شيئًا أن مقصوده الاسترباح لا تحصيل الأعيان، فيكون هذا والمضاربة سواء.

١٦٣١٤ - ولو قال رجل لغيره: إني أريد أن آتي مصرًا، فأشتري الرقيق والثياب، فقال له رجل: خذ هذه الألف بضاعة لي، أو قال: اجعل لي من مالك بضاعة ألف درهم كان جائزًا، ويصير مأذونًا بشراء الرقيق والثياب، ويصير ما تقدم من الكلام دليلًا على إرادته شراء هذه الأشياء، وقد ذكرنا أن المطلق يتقيد بدلالة الحال وبدلالة الكلام.

سأل في الكتاب على نفسه سؤالًا، فقال: كيف يصير مأذونًا بشراء هذه الأشياء؟ وأن البضاعة قد تكون على غير المال، ومعنى هذا الكلام: أن الإنسان كما يدفع المال بضاعة ليكون التصرف هو يدفع بضاعة ليذهب به إلى غيره ليكون التصرف ذلك الغير، فلماذا يصير مأذونًا بالتصرف بكلام محتمل؟

ثم أجاب، فقال المعتاد: من اسم البضاعة عند الإطلاق عادة ما ذكرنا وما ذكرتم لا يراد من اسم البضاعة عند الإطلاق عادة، ومطلق الكلام يحمل على المعتاد إلا إذا وجد المغير حتى لو وجد المغيِّر بأن قال: خذ هذه الألف بضاعة إلى فلان، كان رسولًا، ولا يصير مأذونًا بالتصرف.

واستدل في الكتاب بمسائل لبيان أن مطلق الكلام يتقيد بالدلالة، ويتغير بالمغيِّر، فمنها أن الرجل إذا قال لغيره: خذ هذه الألف بضاعة إلى مكة، صار مأذونًا بالتصرف، ولو قال: إلى فلان بمكة كان رسولًا، ومنها إذا قال لغيره: إني أريد الخروج إلى الري، فقال له ذلك الغير: إني أريد أن أبعث إلى فلان معك ألف درهم، فخذ هذه الألف بضاعة، كان رسولًا، وتغير حكم قوله خذ هذه الألف بضاعة بما سبق من المقدمة.

ولو قال ابتداءً: خذ هذه الألف بضاعة صار مأذونًا بالتصرف فيها، ومنها أن من قال لغيره: إني أريد أن تشتري لي الطيالسة، فخذ هذه الألف بضاعة، صار مأذونًا

بشراء الطيالسة لا غير، اعتبارًا لما جرى بينهما من المقدمة.

ولو قال ابتداءً: خذ هذه الألف بضاعة، صار مأذونًا بشراء الطيالسة وغيرها،

ولو قال: خذ هذه الألف بضاعة في حوائجي، كان باطلا؛ لأنه ألحق بآخر كلامه ما يمنع تفويض الأمر إلى رأيه على سبيل العموم، وهو قوله في حوائجي، فانتصرت البضاعة على حوائجه، وحوائجه مما لا يقف عليها غيره، ولم يقدر المستبضع على تحصيل مقصوده، والامتثال بما أمر به، فمنع صحة الأمر. فقال في الكتاب: ألا ترى أنه لو قال خذ هذه الألف بضاعة على أن تشتري لي بها ما أريده، كان باطلا، وطريقه ما قلنا.

١٦٣١٥ - ولو قال: خذ هذه الألف بضاعة إلى الري في الثياب، أو قال: في الرقيق، أو قال: في الطعام، فاشترى المستبضع بجميع المال ما أمر به، ثم حمل ذلك، وأنفق من ماله حتى أتى به صاحبه، كان متطوعًا في ذلك، وكان الشراء جائزًا على رب المال، وإنما كان متطوعًا؛ لأنه لو لم يكن متطوعًا كان مستدينًا على رب المال، وليس له هذه الولاية بغير أمره.

١٦٣١٦ - ولو اشترى ببعض المال ما أمر به وحمل ذلك بباقي المال، فأنفق حتى أتى به صاحبه، فهو جائز لانعدام الاستدانة على رب المال.

وههنا نوع إشكال وهو: أن المستبضع إن كان مأمورًا بالشراء بكل المال، فإذا اشترى بالبعض يصير مخالفًا، فينبغي أن لا ينفذ على الموكل، وإن كان مأمورًا بالشراء بالبعض، فإذا اشترى بالكل أيضًا، يصير مخالفًا، فينبغي أن لا ينفذ على الموكل.

والجواب: أن يقول المالك: أمره أن يحصل له هذه الأشياء في مصر عوضًا عما دفع إليه، ولذلك طريقان: أحدهما: أن يشتري بالكل، ويحمل وينفق من مال نفسه متبرعًا، وهذا أحسن، والثاني: أن يشتري بالبعض، ويحمل بالباقي، وكل ذلك معتاد فيما بين الناس، فأي طريق باشره، كان ذلك بأمر رب المال، فلهذا نفذ عليه.

فإن قيل: البضاعة كانت في الثياب والرقيق، واستئجار الدواب للحمل والإنفاق ليس من شراء الرقيق في شيء، فلماذا ملك المستبضع ذلك في الوجه الثاني؟

قلنا: إنما ملك المستبضع ذلك؛ لأنه لا بد له منه في شراء الرقيق، وتحصيله في مصر صاحب المال، والأمر بالشيء يكون أمرًا بما لا بد لذلك الشيء منه.

١٦٣١٧ - قال: وإن كان رب البضاعة أمره أن يشتري له هذه الأشياء في المصر الذي هو فيه، فاشترى بالبعض، وأنفق البعض حتى حملها إلى منزل صاحب المال، جاز ذلك على صاحب المال، وهذا ظاهر، وأما إذا اشترى هذه الأشياء بجميع المال في المصر، وأنفق من مال نفسه حتى حملها إلى منزل صاحب المال، القياس أن يكون متطوعًا لما مر، وفي الاستحسان: يرجع على رب المال، معنى جواب الاستحسان فرق بين الشراء في مصره، وبين الشراء في مصر آخر

والفرق من وجهين: أحدهما: أن في المصر الإذن بالنقل ثابت دلالة، فإن الإنسان لا يشتري الشيء في مصره في موضع ليتركه في ذلك الموضع، وإنما يشتري لينقل إلى منزله، فيصير إذنًا له بالنقل لا محالة، فيصير إذنًا له بما لا بد منه في النقل، فأما الشراء في مصر آخر قد يكون للنقل، وقد يكون ليتركه ثمة، ليبيعه ثمة، والعادة الظاهرة هو الترك، فلا يصير إذنًا له بالنقل لا محالة؛ ليصير إذنًا بما لا بد منه في النقل.

الفرق الثاني: أن المؤنة هنا تقل، فلو لم يصر متطوعًا لا يلحق[1] رب المال كثير ضرر، وثمة المؤنة تكثر، فلو لم يصر متطوعًا يلحق رب المال كثير ضرر، فلهذا افترقا.

١٦٣١٨ - قال: ولو اشترى المستبضع ببعض المال هذه الأشياء، وأمسك الباقي للإنفاق والحمل، فلم ينفق حتى مات صاحب المال، ثم أنفق، فإن كان يعلم بموته، فهو ضامن لما أنفق؛ لأن بموته انعزل حكمًا لانتقال الملك إلى الورثة، فيصير منفقًا مال الورثة على رقيقهم بغير أمرهم، فيضمن، وإن لم يعلم بموته، القياس أن يضمن لما ذكرنا أن بموته قد انعزل، وهذا عزل حكمي ثبت لانتقال الملك إلى الورثة، فيستوي فيه العلم وعدم العلم، وصار كالوكيل ببيع العبد إذا أعتق الموكل العبد، فإنه ينعزل، وإن لم يعلم بإعتاقه، وكذا الوكيل بالشراء إذا لم يشتر حتى مات الموكل، فإنه ينعزل، وإن لم يعلم بموته، وفي الاستحسان قال: لا يضمن، ولا ينعزل ما لم يعلم بموته؛ لأنه لو انعزل وضمن يلحقه كثير ضرر، لأنه لا يملك شيئًا بمقابلة ما يؤدي من الضمان، ويصير سبب لقعود الناس عن قبول البضاعات، وفيه من الحرج ما لا يخفى على أحد، بخلاف مسألة الوكيل بالبيع؛ لأنه لو انعزل لا يلحقه الضرر أصلاً، وبخلاف الوكيل بالشراء؛

---

(١) هكذا في ظ، وكان في الأصل وفي م: لا يلحق.

لأنه لو انعزل لا يلحقه كثير ضرر؛ لأنه يملك ما اشترى بمقابلة ما يؤدي من الضمان، فلم يتوقف انعزال على علمه، أما ههنا بخلافه.

ولو أن المستبضع لم يشتر بالمال شيئًا حتى مات رب المال، ثم اشترى، فإنه يضمن علم بموته أو لم يعلم؛ لأن القياس فيما تقدم من الوجوه الضمان، لكنا تركنا القياس فيما تقدم فيما إذا لم يعلم بموته كيلا يلحق المستبضع كثير ضرر، وههنا لا يلحقه كثير ضرر لو ضمن؛ لأنه يملك ما اشترى بمقابلة ما يؤدي من الضمان، فبقي على أصل القياس.

ثم في مسألة البضاعة: إذا علم بموت رب المال، أو علم بالنهي، وخاف الضيعة على الرقيق لو لم ينفق عليهم، رفع الأمر إلى القاضي ليأمره بما رأى المصلحة فيه من البيع، وإمساك الثمن على الغائب، أو الإنفاق عليهم بما بقي من المال في يد المستبضع؛ لأن هذا مال غائب عجز هو عن النظر فيه بنفسه، والقاضي نصب ناظرًا لكل من عجز عن النظر بنفسه، ولكن لا يأمره بشيء ما لم يقم البينة عليه؛ لأنه يدعي ثبوت الولاية للقاضي في هذا المال، والقاضي لا يعرف سببه، فلا يعتمد مجرد دعواه.

توضيحه: أنه متهم فيما يدعي يجوز أن الرقيق كان في يده غصبًا، فأراد احتيال بهذه الحيلة ليأمره القاضي بالبيع، فيخرج نفسه عن عهدة الضمان، أو يأمره بالإنفاق، فيستوجب الرجوع بذلك على المالك، فيسأله بينة على ما ادعى نفيًا للتهمة، ودفعًا للحيلة، وهو نظير ما قلنا: في دواب الوديعة في يد المودع وصاحبها غائب، وخاف المودع الضيعة عليها يرفع الأمر إلى القاضي ليأمره بما رأى المصلحة، ولكن لا يأمره بشيء ما لم تقم البينة عليه، كذا ههنا، فإن لم تكن له بينة، فرأى القاضي أن يأذن[1] له، فيقول: إن هذا الرجل ذكر كذا وكذا، فإن كان الأمر على ما قال، فقد أذنت له بالإنفاق عليه، أو في بيعه كان جائزًا؛ لأن البينة في هذه الصورة إنما شرعت نفيًا للتهمة، ودفعًا للحيلة، وربما تبين الأمر بكونه صادقًا، فقد انتفت التهمة، واندفعت الحيلة؛ فلهذا كان جائزًا.

(١) هكذا في نسخة، وكان في الأصل [illegible] أن يشهد.

الفصل الثلاثون
في المتفرقات

١٦٣١٩ - الوكيل بالشراء إذا أخذ السلعة على سوم الشراء، وسمى الثمن، فأراها الموكل، فلم يرض بها، وردها على الوكيل، فهلكت عند الوكيل، ضمن الوكيل قيمتها للبائع، وهل يرجع الوكيل على الموكل، ينظر إن أمره الموكل بالأخذ على سوم الشراء، يرجع، وإن لم يأمره لا يرجع

١٦٣٢٠ - في "فتاوى الفضلي": الوكيل بالطلاق إذا طلق في حال سكره، ذكر في "فتاوى أبي الليث": أنه لا يقع الطلاق. قال الفقيه: وهذا خلاف قول أصحابنا؛ لأن التوكيل بالطلاق تعليق الطلاق بلفظ الوكيل، ومن قال لغيره: إن قلت لامرأتي: أنت طالق، فهي طالق، ثم سكر ذلك الغير، فقال لها: أنت طالق، يقع، كذا هنا.

١٦٣٢١ - وفي "نوادر ابن سماعة" عن محمد: رجل أمر عبده أن يبيع نفسه من رجل ففعل، فهو جائز، وليس له قبض الثمن، والمولى هو الذي يقبض، قال: ألا ترى أن رجلا لو أمر عبده أن يبيع هذا الثوب من فلان ففعل، ثم إن المولى باع عبده لم يكن للعبد أن يقبض الثمن، وللمولى أن يقبضه

١٦٣٢٢ - رجل له حنطة في يدي رجل أمر صاحب الحنطة الذي في يديه الحنطة أن يتصدق على فلان من تلك الحنطة كذا قفيزا، ثم إن المتصدق عليه أمر الوكيل أن يبيع تلك الحنطة قبل أن يقبضها، فباعها الوكيل، لا يجوز؛ لأن الحنطة إنما تصير مملوكة للمتصدق عليه بالقبض، فقبل القبض تكون الحنطة على ملك المتصدق، فإذا باعها الوكيل قبل قبض المتصدق عليه، فقد باع حنطة المتصدق، والمتصدق أمره بالصدقة، أما ما أمره بالبيع فلا يجوز بيعه إلا بإجازة من المتصدق.

١٦٣٢٣ - وفي "الأصل": إذا وكل الرجل رجلا أن يشتري له جارية بألف درهم، فاشترى الوكيل جارية، وبعث بها إلى الآمر، فوطئها الآمر، فولدت منه، ثم إن

الوكيل جاء بجارية وقال: اشتريتها بألفين، فالمسألة على وجهين: الأول: أن يقول الوكيل عند البيع: هذه الجارية التي كنت أمرتني بشرائها، وقد اشتريتها لك، وفي هذا الوجه لا يكون مصدقاً في الألفين، ولا تقبل بينته على ذلك، وإن لم يقل شيئاً عند البيع، فهو مصدق فيما ادعى من الألفين، وأخذ الوكيل عين الجارية وأخذ عقرها وقيمة الولد؛ لأنه ولد المغرور، فيكون حراً بالقيمة.

١٦٣٢٤- وفي فتاوى أبي الليث: رجل دفع إلى رجل دراهم، وأمره أن يشتري له بها حنطة ويزرعها، ودفع إليه عشرة أخرى أجراً له، فاشترى الوكيل حنطة، فزرعها في وقت لم يخرج زرعه شيئاً، فهذا على وجهين: الأول: أن يشتري الحنطة في أوان الزراعة ويزرعها في غير أوان الزراعة، وفي هذا الوجه نفذ الشراء على الآمر، وضمن الوكيل حنطة للآمر مثل حنطته بالزراعة في غير أوانه.

الوجه الثاني: أن يشتري الحنطة في غير أوان الزراعة، وفي هذا الوجه ينفذ الشراء على الوكيل؛ لأنه صار مخالفاً، وضمن الوكيل ثمن الحنطة للموكل، والله أعلم.

١٦٣٢٥- وفي المنتقى: قال أبو حنيفة [1]: ولو أن رجلاً أمر رجلاً أن يشتري له عبداً، وسمى جنسه وصفته وثمنه، فاشترى الوكيل عبدين بتلك الصفة بثمن واحد، ونوى أحدهما بعينه للآمر، وأشهد على ذلك، فإنه لا يلزم ذلك البيع للآمر. وقال أبو يوسف: إن كان يصيبه [2] من الثمن مثل ما سمى الآمر، أو كان أقل، وكان مثله يشترى بمثل ما سمى، جاز على الآمر، وإن كان نصيبه [3] أقل مما سمى من الثمن، وكان إذا زاد ذلك النقصان اشترى خيراً منه، لم يلزمه. قال: وهذا كرجل أمر رجلاً أن يشتري له عبداً بألف درهم، وسمى جنسه وصفته، فاشترى عبداً على تلك الصفة بخمسمائة، ينظر في ذلك، فإن كان إذا زاد مائة اشترى خيراً منه لم يجز هذا عليه، وإن كان لا يشترى إلا مثله جاز عليه.

---

(١) هكذا في الأصل وب، م، وكان في ظ: "أبو محمد".

(٢) هكذا في ظ، وكان في الأصل وب، م: "نصيبه".

(٣) هكذا في ظ، وكان في الأصل وب، م: "نصيب".

١٦٣٢٦ - وفيه أيضًا: الوكيل بالشراء إذا اشترى ونقد الثمن من مال نفسه، وقبض المشتري، ودفعه إلى الآمر، وأخذ منه ثمنه، ثم استحق المشتري من يد الآمر، فأراد الآمر أن يرجع بالثمن على المشتري قبل أن يقبض المشتري الثمن من البائع، فليس له ذلك من قبل أن المشتري أمينه ووكيله، فلا يكون عليه الضمان، ولو لم يكن الآمر نقد الثمن، كان للوكيل أن يأخذه به، فإذا قبضه من البائع رده عليه.

١٦٣٢٧ - وفيه أيضًا: رجل أمر رجلا أن يشتري له ثوبًا مسمى بدراهم دفعها إليه، فاشترى الوكيل ذلك، ونقد الدراهم، ثم إن البائع ردّ تلك الدراهم على الوكيل، وقال: إنها زيوف، وصدقه الوكيل أو كذبه وأنكر الآمر أن تكون دراهمه، فإن للوكيل أن يردها على الآمر، والقول قول البائع في ذلك، وكذلك الدنانير، قال: وليس العرض هكذا.

١٦٣٢٨ - وفيه أيضًا: لو وكل رجلا أن يشتري له ثوبًا هرويًا بعشرة، فاشترى ثوبين هرويين له بعشرة، وكل واحد منهما يساوي عشرة، قال أبو حنيفة: لا يجوز البيع في واحد منهما؛ لأني لا أدري أي ثوب أعطيه بحصته[1] من العشرة، ولأن القيمة لا تعرف إلا بالحزر والظن، وكذلك قال أبو يوسف. ولو أمره بشراء ثوب هروي بعينه لزمه ذلك بحصته من العشرة، وكذلك لو كان أمره بكر حنطة بعينه.

١٦٣٢٩ - الوكيل بالبيع إذا قال: بعته من رجل لا أعرفه، وسلمته إليه، ولم أقدر عليه، أفتى ظهير الدين المرغيناني أنه يضمن الوكيل، وعلل، فقال: لأنه ليس له أن يسلم قبل قبض الثمن، والجواب صحيح، أما العلة فغير صحيحة، فإن للوكيل أن يسلم المبيع قبل قبض الثمن مع نهي الموكل إياه عن تسليم المبيع قبل قبض الثمن، فبدون النهي أولى.

١٦٣٣٠ - الوكيل بالبيع إذا دفع المبيع إلى رجل ليعرضه على من أحب، فهرب ذلك الرجل، وذهب بالمبيع أو هلك المبيع في يده، فالوكيل ضامن، وحكي فتوى نجم الدين النسفي أنه لا ضمان على الوكيل؛ لأن هذا من ضرورات البيع، والأول أصح، إذ ليس للوكيل تسليم المبيع قبل البيع إلى أحد.

---

(١) هكذا في ظ و ف، وكان في الأصل و م: بحصة.

١٦٣٣١ - الوكيل بالبيع إذا أنكره صاحب العين، ثم أقر وباع، فقد قيل: لا يصح البيع؛ لأنه صار غاصبًا، وهذا ليس بصواب؛ لأن الغصب لا ينافي التوكيل، ألا ترى أن المغصوب منه لو وكل الغاصب بالبيع يصح حتى لو باع بعد ذلك نفذ بيعه، وذكر محمد في كتاب الوكالة: الوكيل ببيع الثوب إذا سلم الثوب إلى القصار ليقصره، فإن رجع بالثوب إلى الوكيل برئ عن الضمان، حتى لو هلك بعد ذلك لا يضمن شيئًا. ولو باع الوكيل الثوب بعد ذلك جاز؛ لأنه لا ينعزل بالخلاف من حيث الفعل، فهذه المسألة دليل على أن القول بعدم صحة البيع في المسألة المتقدمة ليس بصحيح، ثم قال: والثمن كله للموكل، لا يكون للوكيل بإزاء القصارة شيء، ولا يكون له أن يأخذ من الموكل أجر القصارة. والذي يشهد للقول الأول ما روى المعلى عن أبي يوسف في رجل دفع إلى رجل عبدًا ليعتقه، فلم يعتقه حتى سأله مولى العبد، فجحد أن يكون دفع إليه العبد، ثم أعتقه، فإعتاقه باطل. وعلل فقال: لأنه حين جحده فقد خرج عن الوكالة.

١٦٣٣٢ - وعنه أيضًا: رجل دفع إلى رجل ضياعًا، وأمره ببيعه، فجحده الوكيل، ثم باعه، فإن كان جاحدًا[1] يقضي للآمر على الوكيل بالضمان، فبيعه جائز على الآمر، وإن كان جاحدًا[2] يقال للآمر: أعطه الضمان، وخذ ثمنه، فبيعه على الوكيل باطل.

١٦٣٣٣ - وإذا وكل الرجل رجلًا وأعطاه طعامًا، وقال: بع كل كر منه بخمسين درهمًا، فباع كل الطعام كل كر بخمسين درهمًا يجوز، وإن لم يكن مقدار الطعام معلومًا، وهذا مشكل على قول أبي حنيفة؛ لأن عنده إذا باع كل قفيز من هذه الصبرة أو من هذا الطعام، ولا يعرف مقدار الطعام، يجوز البيع في قفيز واحد، ولا يجوز فيما وراء ذلك. ومن هنا جوز الوكالة بالبيع في جميع الطعام، من مشايخنا من قال: مسألة التوكيل على قياس مسألة البيع، حتى لا يجوز التوكيل إلا في كر واحد عند أبي حنيفة، ولكن أجاب في الكل عندهما، فتأويله أن الطعام معلوم القدر، ومنهم من قال: لا يجوز التوكيل في الكل وإن لم يكن مقدار الطعام معلومًا عند أبي حنيفة، وإليه ذهب شيخ

---

(١) وفي: كان جاحدًا أي منكر.

(٢) وإن كان جاحدًا. أي فاسخًا.

(٣) في م: [illegible] أخذ.

الإسلام، وفي المنتقى : إذا أمره أن يشتري له عبدًا بألف درهم نسيئة، قال: أستحسن في النسيئة أن لا يكون أقل من شهر.

١٦٣٣٤- وفي نوادر ابن سماعة عن محمد: رجل دفع إلى رجل ثوبًا، وقال: بعه لي، فباعه ولم يقبض الثمن حتى لقي الآمر، وقال: بعت ثوبك من فلان، وأنا أقضيك عنه، فقضاه عنه ثمن الثمن، قال: هو متطوع، وقال: لا يرجع على المشتري بشيء، ولو كان قال: أقضيك عنه على أن يكون المال الذي على المشتري لك لي، لم يجز؛ لأن فيه تمليك الدين من غير من عليه الدين، ورجع بما أعطاه، يعني الوكيل يرجع على الموكل بما أعطاه، وكان المال على المشتري على حاله يقبضه منه، يعني الوكيل يؤدي إلى الموكل.

١٦٣٣٥- ولو أن الوكيل باع من صاحب الثوب عرضًا بدراهم مثل وزن تلك الدراهم التي له على مشتري الثوب، ثم قال له: اجعل هذه الدراهم قصاصًا بما لك على فلان، ولم يقل على أن ما لك على فلان لي، فهذا جائز، وهو مؤدٍّ عن فلان متطوعًا، وروى ابن سماعة عن أبي يوسف: في رجل أمر رجلًا أن يبيع عبده بألف درهم، فباعه ودفع الوكيل من عنده ألف درهم إلى مولى العبد أنه لا يكون متطوعًا، وهذه الرواية بخلاف ما روي عن محمد.

١٦٣٣٦- وفي نوادر ابن سماعة عن محمد أيضًا: رجل وكل رجلًا بقبض ألف درهم له على فلان، وبالخصومة فيها، فأقام بينة على الوكالة عند القاضي، فأمر القاضي الذي عليه المال بدفع المال إلى الوكيل، ثم مات الموكل، ولم يعلم المديون موته، فدفع المال إلى الوكيل مع علمه بذلك، لم يكن له أن يضمن الوكيل. وقال محمد بعد ذلك: له أن يضمّن الوكيل؛ لأنه إنما دفع على ما قضى القاضي به على الوكالة.

١٦٣٣٧- الموكل إذا باع العبد الموكل ببيعه، ولم يعلم الوكيل به، أو أعتقه، أو دبره، أو استحق، أو ظهر حريته، ثم باعه الوكيل، ولم يعلم بشيء من ذلك، وقبض الثمن، وهلك عنده، كان للمشتري أن يضمّن للوكيل الثمن، ورجع الوكيل بذلك على الآمر؛ لأن الآمر غرّ الوكيل إذا لم يبين له ذلك.

١٦٤٣٨ - ولو مات العبد، ثم باعه الوكيل، وضمن الوكيل الثمن للمشتري، لم يرجع على الآمر؛ لأن الوكيل قد خرج عن الوكالة، وخرج الآمر عن الأمر والغرور؛ وكذلك لو مات الآمر.

١٦٤٣٩ - الوكيل ببيع الجارية إذا باعها بألف كما أمر به، وتقابضا، فادعى المشتري بعد ذلك أنه اشتراها على أنها كاتبة، أو خبّازة، أو على أنها بكر، ولم يجدها كذلك، وكذبه البائع، وصدقه الآمر، لم ينقض البيع بإقرار الآمر، ولو ادعى المشتري أن البائع شرط له خيار ثلاثة أيام، وأنه قد نقض البيع، وهو نقض البيع، وهو في الثلث، فجحد البائع أن يكون شرط له خيار، وأقر به الآمر، قضى القاضي[1] برد الجارية على الآمر، وأخذ المشتري الثمن من الآمر، وكذلك لو لم يقبض المشتري الجارية حتى وجدها ثيباً، فقال المشتري: شرط لي البائع أنها بكر، فوجدتها ثيباً، فلا حاجة لي فيها، وقد نقضت البيع، وكذبه البائع فيما ادعى من الشرط، وصدقه الآمر في ذلك، فالجارية للآمر، يقضي له بها، ويأخذ المشتري الثمن من الآمر، وكذلك إذا ادعى قبل القبض أنه شرط أنها خبازة أو كاتبة، ولم يجدها كذلك؛ لأن المشتري إذا نقض البيع في الخيار، أو في بعض ما وصفنا من الشروط قبل القبض، انتقض البيع، وإن لم يحكم به حاكم، ورجع ملكها إلى الآمر، فلذلك صار خصماً.

١٦٤٤٠ - وفي فتاوى أهل سمرقند: رجل وكل رجلاً أن يشتري له عبد فلان بألف درهم، فجاء الوكيل إلى البائع، فطلب منه البيع، فقال البائع: بعت عبدي من فلان، يعني الموكل بألف درهم، فقال الوكيل: قبلت، لا يلزم العبد الموكل؛ لأن الموكل رضي ببيع تكون العهدة على الوكيل، لا عليه، ولو نفذ البيع على الموكل في هذه كانت العهدة عليه.

١٦٤٤١ - وإذا وكل الرجل رجلاً بقبض كل حق هو له والخصومة فيها، فهذا جائز، ويدخل فيه الديون والعارية والوديعة، وكل حق يملكه الموكل، ولا يملك أخذ النفقة إن كان التوكيل من المرأة؛ لأنه لا يملكها الموكل، هكذا ذكره الصدر الشهيد في الفتاوى الصغرى، ووجهها أن النفقة ليست حق المرأة قبل القبض مطلقاً، ألا ترى أنه

(١) هكذا في ظ وف وم، وكان في الأصل: "قبل القاضي" برد الجارية على الآمر ... إلخ.

يسقط بالموت

١٦٣٤٢- وفي "الملتقى": رجل أمر رجلاً أن يشتري له كر حنطة بمائة درهم من ماله، ففعل ولم يقدر على الآمر، فرفع الأمر إلى القاضي، فالقاضي يبيعه، ويضع الثمن على يد المأمور وديعة عنده للآمر، ولا يدفع إليه قضاء بالثمن الذي اشترى له به الكر. قال: وليس هذا كالبائع إذا غاب المشتري قبل نقد الثمن، ولا يعلم مكانه، والمبيع في يد البائع، ورفع الأمر إلى القاضي، فالقاضي يبيع المبيع، ويوفي البائع حقه من ثمن المبيع.

١٦٣٤٣- وفي "العتابية": رجل وكل رجلاً بقبض وديعة له من فلان، وجعل له على ذلك أجراً مسمّى يجوز، وإن وكله بتقاضي دينه من فلان، أو بالخصومة معه، وجعل له على ذلك أجراً، لم يجز إلا أن يوقت. وفي "نوادر ابن سماعة" عن محمد: رجل أقر أن أمة له قد أبقت، ثم أمر رجلاً لم يعلم بإقراره بالعيب، وقال: بعها مأمونة غير آبقة، ففعل وتقابضا، ثم علم المشتري بذلك الإقرار، فأراد أن يردها بذلك الإقرار، فإن ذلك الإقرار يجوز على الوكيل إذا كان الثمن قائماً عنده، أو عند الموكل، فدفعه إلى البائع؛ لأنه لا ضرر على الوكيل فيه، وإن أبى الآمر أن يرد الثمن، أو كان معسراً، أو كان الثمن قد ضاع من يد الوكيل، لم يؤخذ الوكيل بالثمن بذلك الإقرار؛ لأن في هذا ضرراً يلحق الوكيل، فإن رضي الآمر والبائع أن ينقضا البيع، ويدفع البائع العبد إلى الآمر، ويبيعه الآمر بالثمن، فذلك جائز منهما -والله أعلم-.

١٦٣٤٤- وفي وكالة "المنتقى" قال محمد: رجل له على رجل ألف درهم، فدفع إليه رجل عبداً، وقال: بعه من فلان بالألف التي له عليك، ففعل، كان لصاحب العبد على هذا المأمور ألف درهم. ولو قال له: صالح فلاناً من الألف التي له عليك على هذا العبد، ففعل كان لرب العبد على هذا المأمور قيمة العبد -والله أعلم-.

١٦٣٤٥- وفي "المنتقى": وللمديون أن يمتنع عن قضاء الدين إلا بمحضر من الموكل إذا كان حاضراً، وإذا كان غائباً، أجبر عليه.

١٦٣٤٦- وفي "المنتقى" عن الحسن: إذا قال الموكل بالبيع للمشتري: لا تدفع ثمن العبد إلى الوكيل، لم يجز أن يدفعه بعد ذلك، وضمنه القاضي، وإذا كان الدين

بين رجلين، وكّل أحدهما وكيلاً بقبض نصيبه، فقبض الوكيل شيئاً كان لشريكه نصف ما قبض الوكيل؛ لأنا نعتبر قبض الوكيل بفعل الموكل. والموكل لو قبض بنفسه نصيبه كان لشريكه نصف ما قبض، ثم لم يرد محمد بقوله لشريكه نصف ما قبض: إن الشريك يقبض نصف المقبوض من حيث إن المقبوض مشترك بينهما، بل المقبوض خالص ملك القابض، حتى لو وهب من غيره صحت الهبة في الكل، ولكن للشريك حق المشاركة مع القابض حتى يستويا، فإن ضاع المقبوض من يد الوكيل، فللشريك أن يضمن الموكل نصف ما قبض الوكيل؛ لأن قبض وكيله كقبضه، وهل له أن يضمن الوكيل نصف ما قبض؟ ذكر في بعض روايات هذا الكتاب أن له ذلك، ولم يذكر في بعضها تضمين الوكيل، وإنما لم يذكر؛ لأنه لم ير ذلك(١).

١٦٣٤٧- ولو وكله بقبض المال كله، فقبضه، وهلك في يده، كان للساكت أن يرجع على الغريم، فيأخذ منه نصف الدين على الروايات كلها، ويرجع الغريم على الموكل بنصف الدين، وإن أراد الساكت أن يضمن الشريك الموكل نصف الدين، كان له ذلك في رواية أبي سليمان، وفي رواية أبي حفص: لا يضمنه نصف الدين، وإنما يضمنه الربع، وإن أراد الساكت أن يضمن الوكيل، فعلى رواية أبي حفص: ليس له ذلك، وعلى رواية سليمان: ذكر في بعض المواضع أن له ذلك، ولم يذكر في بعض المواضع تضمين الوكيل، وفي آخر وكالة الأصل من عليه الدراهم إذا وكل رجلاً بقضاء ما عليه، فقضى الوكيل الطالب دراهم، فهو جائز، ويرجع بمثلها على الموكل، ولو باع الوكيل الطالب به دنانير، أو عروضاً، فهو جائز، ويرجع على المطلوب بالدراهم.

١٦٣٤٨- ولو كان المديون دفع إلى رجل دراهم، ووكله بأن يقضي دينه، فباع الوكيل دنانير أو عروضاً له من الطالب بدينه، فإنه لا يجوز على الموكل، ويكون متطوعاً، حتى لو أراد أن يحبس ما في يده من الدراهم لنفسه لم يكن له ذلك.

١٦٣٤٩- ولو دفع الوكيل دراهم نفسه إلى المطلوب، ولم يدفع دراهم الآمر، لم يصر متطوعاً استحساناً، حتى كان له أن يحبس ما في يده بما قضى. وفيه أيضاً: من عليه الدراهم إذا وكل رجلاً أن يقضي دينه، ودفع إليه الدراهم، ثم إن رب الدين وهب

(١) هكذا في م و د، وكان في الأصل و ف: لم يرد ذلك.

الدين من الوكيل وسلطه على قبضه حتى جازت الهبة استحسانًا، كان للموكل أن يحبس ما في يده بذلك الدين.

تم كتاب الوكالة بحمد الله وحسن توفيقه، ويتلوه كتاب الكفالة من المحيط البرهاني، والحمد لله أولاً وآخراً، والصلاة على نبيه وعترته وسلم تسليماً كثيراً.

بسم الله الرحمن الرحيم وبه ثقتي

كتاب الكفالة والضمان

يشتمل على سبعة وعشرين فصلا.

الفصل الأول: في بيان ركن الكفالة وشرائط جوازها وحكمها.

الفصل الثاني: في الألفاظ التي تقع بها الكفالة.

الفصل الثالث: في بيان من تصح الكفالة منه ومن لا تصح

الفصل الرابع: في الكفالة بالنفس ومطالبة الكفيل بالتسليم وصحة التسليم وعدم صحته.

الفصل الخامس: في الكفالة بالمال وأداء الكفيل ما تحمل به

الفصل السادس: في الأجل والخيار في الكفالة

الفصل السابع: في تعليق الكفالة بالشرط.

الفصل الثامن: في الكفالة بالمال على أن يعطيه من وجه كذا

الفصل التاسع: في الكفالة بما ذاب على فلان، وبما لك على فلان، أو بما يقر لك به فلان، أو بما بايعت فلانا، وما يتصل بها

الفصل العاشر: في براءة الكفيل بعد إبرائه، وفي تعليق البراءة بالشرط، وفي هبة الدين للكفيل.

الفصل الحادي عشر: في الرجل يأمر الرجل بدفع شيء من ماله على أنه ضامن له.

الفصل الثاني عشر: في الكفالة تبطل عن الكفيل من غير إبراء من الطالب.

الفصل الثالث عشر: في دعوى الكفيل بطلان الكفالة

الفصل الرابع عشر : في أخذ الكفيل .

الفصل الخامس عشر : في الدعوى والخصومة في الكفالة ، وإقامة البينة عليها ، والاستحلاف فيها .

الفصل السادس عشر : في الجمع بين الكفالة والوكالة .

الفصل السابع عشر : في مباشرة العقود بشرط الكفالة .

الفصل الثامن عشر : في الكفالة مع الجهالة .

الفصل التاسع عشر : في كفالة المريض وموت الكفيل .

الفصل العشرون : فيما كان الرجل فيه خصماً من الكفالة .

الفصل الحادي والعشرون : في الكفالة بالأعيان .

الفصل الثاني والعشرون : في كفالة أهل الذمة .

الفصل الثالث والعشرون : في اجتماع الكفيلين .

الفصل الرابع والعشرون : في الرهن في الكفالة .

الفصل الخامس والعشرون : في رجوع الكفيل بعد الأداء .

الفصل السادس والعشرون : في الأمر بقضاء الدين ، وفي الأمر بنقد المال وإعطائه بشرط الضمان .

الفصل السابع والعشرون : في المتفرقات .

الفصل الأول

في بيان ركن الكفالة وشرائط جوازها وحكمها

١٦٣٥٠ - وأما بيان ركنها، فالإيجاب والقبول عند أبي حنيفة ومحمد، وهو قول أبي يوسف أولاً، حتى إن عندهما الكفالة لا تتم بالكفيل وحده، سواء كفل بالمال أو بالنفس، ما لم يوجد قبول المكفول له، أو قبول أجنبي عنه في مجلس العقد، أو خطاب المكفول له، أو خطاب أجنبي عنه، بأن قال الطالب لآخر: اكفل بنفس فلان لي، فقال: كفلت، أو قال رجل أجنبي لغيره: اكفل بنفس فلان، أو بمال فلان عن فلان لفلان، فيقول ذلك الغير: كفلت، فتصح الكفالة، ويتوقف على ما وراء المجلس على إجازة المكفول له، وللكفيل أن يخرج نفسه من الكفالة قبل أن يجيز الغائب كفالته.

فأما إذا لم يوجد شيء من ذلك، فقال الكفيل: كفلت بنفس فلان لفلان أو بما لفلان[1] على فلان من الدين، فإنها لا تتوقف على ما وراء المجلس، حتى لو بلغ الطالب، فقبل لم يصح، ثم رجع أبو يوسف، وقال: الكفالة تتم بالكفيل وحده، وجد القبول أو الخطاب من غيره أو لم يوجد.

واختلف المشايخ على قوله الآخر: إن الكفالة تصح من الكفيل وحده موقوفًا على إجازة الغائب، أو تصح نافذًا، وللطالب حق الرد.

وفائدة هذا الاختلاف إنما يظهر فيما إذا مات المكفول له قبل القبول، فمن يقول: بالتوقف يقول: إنه لا يؤاخذ به الكفيل على قوله أيضًا، وإن وجد الخطاب أو القبول من المكفول عنه، بأن قال المطلوب لرجل: اكفل عني لفلان بنفسي أو بماله عني، أو كفل رجل بمال عن المطلوب أو بنفسه، وقبل عنه المطلوب بأن وجد الخطاب، أو القبول من المطلوب في صحته، فإنه لا يصح الكفالة عند أبي حنيفة ومحمد، وهو قول أبي يوسف أولاً، ويكون خطاب المطلوب أو قبوله والعدم بمنزلة.

[1] هكذا في ظ، وكان في صرها: بمال فلان.

وإن كان الخطاب من المطلوب في مرضه إن صاحب أجنبيًا بذلك، فإنه لا تصح الكفالة عند أبي حنيفة ومحمد قياسًا واستحسانًا، وإن خاطب وارثه بذلك إن تكفل عنه بالمال الذي لفلان عليه، ثم مات من مرضه؛ فالقياس أن لا تصح الكفالة عندهما، وفي الاستحسان: تصح حتى إذا مات، أخذ الوارث بذلك بحكم الكفالة، وإن كان المطلوب له غائبًا.

١٦٢٣٥ - وأما بيان شرائط جواز الكفالة: فنقول: من شرائط جواز الكفالة على الخصوص كون المكفول به مضمونًا على الأصيل بحيث يجبر الأصيل على تسليمه، أما كونه مضمونًا على الأصيل؛ لأن الكفالة ضم ذمة الكفيل إلى ذمة الأصيل لالتزام المطالبة بما على الأصيل، لابد وأن يكون المكفول به مضمونًا على الأصيل، فيكون مطالبًا به، فيلزم الكفيل بالكفالة المطالبة به.

ومن هذا قلنا: بأن الكفالة بالأمانات كالودائع وأموال المضاربات والشركات باطلة؛ لأن هذه الأشياء غير مضمونة لا عينها ولا تسليمها؛ لأن رد هذه الأشياء غير مستحق على المودع والمضارب والشريك، فلا تصح الكفالة لا بعينها ولا بردها، وأما الكفالة بتمكين المودع من الأخذ صحيحة؛ لأن التمكين من الأخذ مضمون على المودع إن لم يكن الرد مضمونًا عليه، والكفالة بعين العارية والمستأجر باطلة؛ لأن عينها غير مضمونة على الأصيل.

وأما الكفالة بتسليمها ذكر شمس الأئمة السرخسي: أن الكفالة بتسليم العارية باطلة، وهذا ليس بصواب، وقد نص محمد في الجامع أن الكفالة بتسليم العارية صحيحة، وهذا لأن تسليم العارية واجب على المستعير، وكذلك تسليم المستأجر مضمون على المستأجر، فحصلت الكفالة بما هو مضمون على الأصيل. والكفالة عن المرتهن للراهن لا تصح، سواء حصلت الكفالة بعين الرهن أو برده متى قضى الدين.

وكذلك الكفالة عن الراهن للمرتهن لا تجوز، هكذا ذكر المشايخ في شرح الأصل، وذكر القدوري أن الكفالة للراهن بتسليم الرهن جائزة؛ لأن التسليم مستحق عليه إذا قبض الثمن، فإن هلك سقط الضمان؛ لأنه لا يجب على المرتهن بسبب هلاك

الدين واجبًا في ذمته حتى يملك ما في ذمته، لا ما في ذمة غيره.

فالحاصل أن في كل موضع يحتاج إلى إثبات الملك للكفيل بالدين، يجعل الدين واجبًا في ذمته، وقبل[٦] ذلك لا يجعل الدين واجبًا في ذمته، وسيأتي بعد هذا من المسائل من هذا الجنس.

(٦) وفي م: قبل.

الفصل الثاني

في الألفاظ التي تقع بها الكفالة

١٦٣٥٣- وإذا قال: أنا قبيل لك بنفس فلان، أو قال: أنا زعيم به، فهذا جائز، ويؤخذ به الكفيل، وهذا وما لو قال: أنا كفيل لك بنفسه سواء، وكذلك لو قال: على أن أوفيك به صار كفيلاً؛ لأن الموافاة والتسليم في اللغة سواء؛ لأنها مأخوذة من الإيفاء، فهذا وما لو قال: على أن أسلم نفسك سواء، وكذلك إذا قال: على أن أكفلك[1] به صار كفيلاً، وهذا وما لو قال: على أن آتيك به سواء، وقوله: على أن آتيك به كفالة؛ لأن الإتيان به وتسليمه سواء.

١٦٣٥٤- ولو قال: هو عليّ حتى يجتمعا، فهو كفيل إلى الغاية التي ذكرها، وإنما جعلناه كفالة؛ لأن معنى قوله: هو على تسليمه؛ لأن كلمة على كلمة إيجاب في الذمة، وقوله: هو كناية عن المطلوب، ولا يتصور وجوب عينه دينًا في الذمة، ويتصور وجوب تسليمه دينًا في الذمة، فجعلناه كناية عن تسليمه، حتى لا يلغو كما جعل قوله: كفلت بنفس فلان كناية عن تسليم نفس فلان، وإنما جعلناه كفيلاً إلى الغاية التي ذكرها؛ لأن كلمة حتى غاية، وعلى هذا إذا قال: هو عليّ حتى توافيا[2]، أو حتى يلتقيا[3]، فهو كفيل إلى الغاية التي ذكرها؛ لما ذكرنا.

١٦٣٥٥- ولو قال: أنا ضامن لك حتى يجتمعا، أو حتى توافيا[4]، أو يلتقيا، اختلفت الروايات في هذا الفصل، ذكر في رواية أبي سليمان: أنه يصير كفيلاً، وذكر في رواية أبي حفص: أنه لا يصير كفيلاً، قيل: ليس في المسألة اختلاف الروايات، ولكن ما ذكر في رواية أبي حفص جواب القياس، وما ذكر في رواية أبي سليمان جواب

(١) هكذا في الأصل وم، وكان في ظ وف: أكفلك.

(٢) هكذا في ظ وف وم، وكان في الأصل: يوفيا.

(٣) هكذا في ظ وف وم، وكان في الأصل: يلقيا.

(٤) هكذا في ظ وف وم، وكان في الأصل: يوافيا.

الاستحسان .

وجه القياس : أن المكفول به مجهول الجنس ، فإنه ذكر الضمان ، ولم يذكر المضمون أنه نفس المطلوب أو المال الذي عليه ، وكل واحد من الأمرين مما يصلح أن يكون مضموناً على الضامن والمال مع النفس جنسان مختلفان .

وجه الاستحسان : أن ما هو المقصود من الأمرين متحد ؛ لأن المقصود من تسليم النفس استخراج المال ، والمقصود من المال المال ، فكان الجنس متحداً باعتبار المقصود ، فيثبت المتيقن من ذلك ، وهو الكفالة بالنفس لأنها أدون . ولو قال أنا ضامن لمعرفته أو بمعرفته ، فإنه لا يصير كفيلاً ؛ لأن الكفالة إنما تصح بالمال ، أو بالنفس ، ولم توجد الكفالة بواحد منهما ، أما بالمال فظاهر ، وأما النفس ؛ لأنه ضمن معرفته[1] ، وتعريفه يتصور بدون التسليم ، وكان بمنزلة ما لو قال : أنا ضامن لك على أن أدلك عليه ، أو أوقفك عليه ، وذلك لا يكون كفالة ، كذا هنا .

١٦٣٥٦ - وفي "المنتقى" : لو قال : أنا ضامن لك بمعرفة فلان ، ذكر أبو سليمان عن محمد أنه قال في قول أبي حنيفة : رأيت لا يلزمه ، وفي قول أبي يوسف : يلزمه ، قال : وعلى هذا معاملة الناس .

١٦٣٥٧ - ولو قال : "آشناي فلان بر من" قال الفقيه أبو جعفر : يصير كفيلاً ، وهكذا ذكر شيخ الإسلام في شرحه ، وقال الفقيه أبو الليث : لا يصير كفيلاً ، وبه أخذ الصدر الشهيد ، ولو قال : "فلان آشنا است" لا يكون كفيلاً ذكره صدر الإسلام في شرحه .

١٦٣٥٨ - وفي "أجناس الناطفي" : إذا قال لك : عندي هذا الرجل ، أو قال : عليّ ، أو قال : إليّ ، أو قال . دعه إليّ ، فهذ[2] كله كفالة ، وأما إذا قال : هو لديّ ، فينبغي أن يكون كفيلاً ؛ لأن قوله : لدي بمنزلة قوله : عندي ، إذا قال : "آنچه ترا بر فلانست من بدهم" ، فهذا وعد لا كفالة ، وبعض مشايخنا قالوا في قوله : "آنچه ترا بر فلانست من جواب گويم" أن هذه كفالة بحكم العُرف ، وكان الشيخ الإمام ظهير الدين

---

(١) في الأصل : "بمعرفته" .

(٢) فهذه كلها كفالة

تفتي بأنه لا يكون كفيلاً، وكذا كان يفتي في قوله: حوالت مال تو بر من يا جواب مال تو من بكويم، أنه لا يكون كفالة، وعن القاضي الإمام ركن الدين علي السغدي: أنه إذا قال: اگر من فلان را حاضر نتوانم كرد جواب اين مال بر من، أن هذا لا يكون كفالة.

١٦٣٥٩- وفي «فتاوى النسفي»: أن من قال لغيره: المال الذي لك على فلان أنا أدفعه إليك، أنا أسلمه إليك، أنا أقبضه، لا يصير كفيلاً ما لم يتكلم بلفظ يدل على الالتزام، نحو قوله: كفلت، ضمنت، علي، إلي، وكان الشيخ الإمام ظهير الدين الحسن بن علي المرغيناني يقول: إذا أتى بهذه الألفاظ منجزاً، لا تكون كفالة، وإذا أتى بها معلقاً بأن قال: إن لم يؤد فلان مالك عليه، فأنا أؤدي، فأنا أدفع يصير كفيلاً

وقال: هو نظير ما ذكر في مناسك الفتاوى أن من قال: أنا أحج لا يلزمه شيء، وإذا قال: إن دخلت الدار فأنا أحج يلزمه الحج إذا دخل الدار، وإذا تكفل الرجل بنفس رجل، ودفعه إلى الطالب، وبرئ منه، ثم إن الطالب لزم المطلوب، فقال له الكفيل: دعه وأنا على كفالتي، أو قال: دعه وأنا على مثل كفالتي، فتركه، فهو لازم له، وهو كفيل بنفسه على ما كان عليه، وهذه كفالة أخرى مبتدأة، أما قوله: وأنا على مثل كفالتي، لا شك أنه كفالة مبتدأة؛ لأن مثل الشيء غيره، فكأنه قال: كفلت لك مرة أخرى، وأما قوله: وأنا على كفالتي فلأن هذا وإن كان خبراً عن الكفالة الماضية إلا أنه لا يمكن العمل بحقيقته، فيجعل مجازاً عن كفالة أخرى في المستقبل؛ لأن الكفالة الماضية لو بقيت كان حكمها في المستقبل حكم كفالة مستقبلة، فيجعل مجازاً عنه، فلهذا قال: وهذه كفالة أخرى مبتدأة.

فإن قيل: هذا الكلام وإن كان ابتداء كفالة أخرى منه إلا أنه لم يوجد من الطالب قبول هذه الكفالة، وقبول الطالب ركن وجود الكفالة عند أبي حنيفة ومحمد.

قلنا: القبول إن لم يوجد نصاً فقد وُجد دلالة؛ لأنه لما لازمه فقيل قوله: دعه، ثم ترك الملازمة بعد قوله: وأنا كفيل، كان ترك الملازمة منه قبولاً دلالة، وكان بمنزلة الوكيل بالبيع إذا علم بالوكالة بالبيع، وباع قبل أن يقبل الوكالة، كان البيع منه قبولاً للوكالة دلالة، كذا هنا

١٦٣٦٠- وفي «المنتقى» عن محمد: إذا قال لغيره وهو ملازم غريمه: خل سبيله،

فأنا أوفيك به إذا بدا لك لم يكن هذه كفالة بالنفس، ولو قال: خل سبيله على أن أوفيك به، ففي القياس كذلك، وفي الاستحسان يكون كفالة بالنفس.

١٦٣٦١ - وإذا كفل برأس رجل، أو برقبته، أو بوجهه، فهو كفالة بالنفس؛ لأن هذه الأشياء مما يعبّر بها عن جميع البدن، فصار إضافة الكفالة إلى هذه والإضافة إلى النفس سواء، ولهذا صح إضافة الطلاق إلى هذه الأعضاء، وأهل المدينة اعتادوا في كتابة الكفالة بالنفس: كفل فلان بوجه فلان، ويريدون بذلك النفس، ونحن نقسم في الكتابة[١] الوجه إلى النفس، فيكتب كفل فلان بنفس فلان، وبوجهه تحرزاً عن خلاف أهل المدينة، وصار الأصل في جنس هذا أن كل ما صح إضافة الطلاق إليه صح إضافة الكفالة إليه.

١٦٣٦٢ - وإذا أضاف الكفالة إلى العين لم يذكر محمد هذه المسألة في كتاب الكفالة ولا في كتاب الطلاق. وحكي عن الفقيه أبي بكر البلخي أنه لا تصح الكفالة، ولا يقع الطلاق إلا إذا نوى به جميع البدن. قال: لأن الاسم الموضوع لعضو المفرد إنما يصير اسماً للبدن حتى ينصرف اللفظ إليه من غير نية إذا وجد استعمال الناس والشرع كما في الرأس والرقبة والوجه، وفي العين إن وجد استعمال الناس حتى قالوا: هذا عين القوم، أي جاسوسهم، وقالوا: نامت العيون أي ناموا لم يوجد استعمال الشرع، فبقي الاسم للعين حقيقة، وللبدن مجازاً، ومطلق الكلام لا ينصرف إلى المجاز إلا بالنية.

١٦٣٦٣ - ولو كفل بروحه صح، ذكر فصل الروح هنا، ولم يذكر في الطلاق، وقالوا: ينبغي أن يصح إضافة الطلاق إليه، وذكر فصل الفرج في كتاب الطلاق، ولم يذكر هنا، قالوا: وينبغي أن يصح إضافة الكفالة إليه متى كان الفرج مضافاً إلى المرأة.

١٦٣٦٤ - وفي نوادر ابن سماعة عن محمد: رجل له على رجل مال، فقال رجل للطالب: ضمنت لك ما على فلان أنا أقبضه منه، وأدفعه إليك. قال: ليس هذا على ضمان المال أن يدفعه من عنده، إنما هذا على أن يتقاضاه، ويدفعه إليه، وعلى هذا معاني كلام الناس.

(١) هكذا في ظ وم، وكان في الأصل: في الكتابة الوجه.

١٦٣٦٥ - وفيه رجل غصب رجلاً ألف درهم، فقاتله المغصوب منه، وأراد أخذها منه، فقال رجل: لا تقاتله، فأنا ضامن لها، وأدفعها إليه، لزمه ذلك، ولا يشبه هذا الدين، ولو كان الغاصب استهلك الألف، وصارت ديناً كان هذا الضمان باطلاً، وكان على ضمان التقاضي.

الفصل الثالث
في بيان من يصح[1] الكفالة منه ومن لا يصح

قد ذكرنا قبل هذا أن الكفالة إنما يصح من يصح منه التبرع.

١٦٣٦٦- قال محمد: وإذا كفل العبد المحجور عن مولاه، أو عن أجنبي بغير إذن المولى لا يجوز؛ لأن الكفالة تبرع ابتداء معاوضة انتهاء، وأي ذلك كان لا يصح من العبد المحجور، وكذلك إذا كان مأذونًا في التجارة: وقد كفل بنفس، أو مال بغير إذن المولى لا تصح كفالته عند علمائنا خلافًا لابن أبي ليلى، فإن أذن له المولى بالكفالة، فكفل عن المولى أو عن أجنبي بمال صحت الكفالة، سواء كان العبد تاجرًا، أو كان محجورًا عليه إذا لم يكن عليه دين، وكذلك الأمة والمدبرة وأم الولد؛ لأن المولى يملك شغل ذمتهم إذا لم يكن عليهم دين بالإقرار عليهم بالدين، فيملك شغلها بالأمر بالكفالة.

١٦٣٦٧- وإن كان على العبد دين، وقد كفل عن المولى، أو عن أجنبي بمال بإذن المولى، لا يلزمه شيء ما دام رقيقًا، وإذا عتق لزمه ذلك؛ لأنه ما دام رقيقًا إنما لا يلزمه دين الكفالة؛ لأن الإذن بالكفالة من المولى في حق الغرماء لم يصح؛ لأنه أراد شغل العبد بالدين بعد ما صار مشغولًا بدين الغرماء، وهذا المعنى لا يتأتى بعد العتق، فإذا أدى العبد دين المولى بعد ما عتق: وقد كان كفيلًا بأمر المولى، لا يرجع بما أدى على المولى عند علمائنا الثلاثة؛ لأن الكفالة حالة وقوعها انعقدت غير موجبة للرجوع؛ لأن العبد لا يستوجب على مولاه شيئًا، فلا تصير موجبة للرجوع بعد ذلك، وإن وجد بعد ذلك ما يوجب الرجوع، لو وُجد من الابتداء كما في الحر، فإن من كفل عن غيره بغير أمره، ثم بلغ المكفول عنه، ورضي بكفالته، أو أجاز كفالته، ثم أدى الكفيل المال لا يرجع على المكفول عنه وطريقه ما قلنا

١٦٣٦٨- وإذا كفل المولى عن عبده بنفس أو مال، فالكفالة جائزة، فمن أدى

(١) وفي الأصل: تصح.

أدى، لأن الكفيل لا يرجع على العبد بما أدى قبل العتق أو بعده، بخلاف ما إذا كان الكفيل أجنبيًا، أما إذا أدى قبل العتق؛ فلأن المولى لا يستوجب على عبده دينًا، وأما إذا أدى بعد العتق؛ فلأن المولى وإن كان يستوجب على معتقه مالاً إلا أن هذه الكفالة حين وقوعها لم تنعقد موجبة للرجوع.

١٦٣٦٩ - وإذا كفل رجل بنفس عبد، ثم مات العبد، فقد برئ الكفيل عن الكفالة؛ لأن الكفالة وقعت بتسليم نفس العبد عن العبد، فإن بالدعوى توجه على العبد المطالبة بالحضور لأجل الجواب، والكفيل بالكفالة يلتزم المطالبة بإحضار العبد، وبالموت برئ العبد عن المطالبة بالحضور، وبراءة الأصيل توجب براءة الكفيل، وهذا بخلاف ما لو ادعى رجل رقبة عبد في يدي رجل، وكفل بالعبد كفيل، ثم مات العبد، وأقام المدعي بينة على دعواه، فإن له أن يأخذ قيمته من الكفيل؛ لأن هناك الكفالة وقعت بتسليم رقبة العبد عن ذي اليد؛ لأن المدعي يزعم أن صاحب اليد غاصب، وعليه الرد حال الحياة، والقيمة حال الموت، والكفيل التزم ما على ذي اليد، وبإقامة البينة تبين أن الأمر كما زعم المدعي، ألا ترى أن صاحب اليد يؤخذ بقيمة العبد، فيكون كفيله كذلك.

١٦٣٧٠ - وإذا كفل صبي بنفس رجل أو صبي لا يجوز كفالته وإن كان بنفس، سواء كان مأذونًا له في التجارة أو لم يكن، أما إذا لم يكن فظاهر، وإن كان؛ فلأن الكفالة غير داخلة تحت الإذن في التجارة؛ لأنها ليست بتجارة أصلاً إن كانت بغير أمر المكفول عنه، وليست بتجارة من كل وجه إن كانت بأمر المكفول عنه؛ لأنه إن كان يستوجب الرجوع عند الأداء إلا أن في الحال لا يستوجب شيئًا، وليس من توابع التجارة، فلا يملكه بالإذن بالتجارة منه.

وكذلك المغلوب على عقله وإن كان بالغًا؛ لأن المجنون الذي لا يعقل شيئًا أسوأ حالاً من الصبي، حتى صح إذن الصبي العاقل في التجارة، ولم يصح إذن المجنون، فإذا لم تصح كفالة الصبي، فكفالة المجنون أولى.

١٦٣٧١ - وإن أذن الأب للصبي في الكفالة عن إنسان، أو عن نفسه بالمال أو بالنفس فكفل، لا يجوز كفالته أيضًا؛ لأن إذن الأب إياه بالكفالة لا يجوز؛ لأنه لا

من أهل أن يتبرع عليه، وفي عقود العقود وإيجابها يلحق بالبالغ. وإن كان الصبي محجوراً عليه، أو كانت الكفالة لمجنون أو مبرسم إن خاطب وليه، وقبل الولي عنه، صحت الكفالة عندهم جميعاً، وإن خاطب أجنبياً، وقبل الأجنبي عنه توقف على إجازة وليه، وإن لم يخاطب أجنبياً ولا وليه إنما خاطب هؤلاء، وكفل لهم بنفس، أو مال عن رجل، فالمسألة على الخلاف؛ لأن مخاطبة هؤلاء وليسوا من أهل القبول للكفالة، ومخاطبة الغائب سواء، ولو خاطب غائباً بالكفالة، ولم يقبل عنه أحد كانت المسألة على الخلاف الذي ذكرنا قبل هذا، كذا هنا.

١٦٣٧٥ - وإذا ادعى رجل على صبي أو مجنون شيئاً، وكفل رجل بنفسه، أو بما عليه بغير إذن وليه، فإنه يصح الكفالة سواء كان الصبي مأذوناً له في التجارة أو غير مأذون، وسواء كان عاقلاً أو غير عاقل؛ لأن الكفالة حصلت بحق مضمون على الأصيل، أما إذا كانت بمال فظاهر، وأما إذا كانت الكفالة بالنفس، فلأن حضور الصبي مجلس الحكم مستحق عليه ليجيب خصمه إذا كان تاجراً ادعى عليه ضمان فعل، أو ضمان دين، وإذا كان محجوراً عليه، وهو عاقل أو غير عاقل أو كان مجنوناً؛ ليشار إليهما إذا ادعى عليه ضمان فعل؛ لأن الصبي والمجنون يؤاخذان بفعلهما، فيستحق حضورهما للإشارة إليهما، فهو معنى قولنا: إن الكفالة حصلت بحق مضمون على الأصيل، فيصح كما لو كفل عن بالغ عاقل، فإن أخذ الكفيل بإحضاره، فأراد الكفيل أن يحضر الصبي، فإن حصلت الكفالة بإذن من يلي عليه يجبر، وإن حصلت الكفالة من غير إذن من يلي عليه ومن غير إذن الصبي، لا يجبر الصبي على الحضور؛ لأن الكفالة حصلت بغير إذن المكفول به، وبغير إذن من يلي عليه، وإن كان الصبي هو الذي طلب ذلك من الكفيل، هل يؤمر بالحضور مع الكفيل؟ فإن كان مأذوناً له في التجارة يؤمر به، وإذا كفل عنه بمال، وأدى في هذه الصورة، كان له أن يرجع على الصبي؛ لأن إذن الصبي المأذون في الكفالة صحيح اعتبرت الكفالة معاوضة أو تبرعاً؛ لأن هذا تبرع، وإن كان محجوراً لا يجبر الصبي على الحضور، وإذا أدى الكفيل ما كفل عنه، لا يرجع على الصبي؛ لأنه أمره إن صح من حيث إن الكفالة تبرع لم يصح من حيث إنها معاوضة؛ لأن الصبي المحجور لا يملك المعاوضة، فصار وجود هذا الأمر والعدم بمنزلة، وإن كان الصبي غير تاجر، فطلب أمره من رجل أن يكفل به، وكفل به

كان مدبّرًا، وأخذ به الكفيل، وكذلك وصيه أو جده إن كان الأب ميتًا، وكذلك القاضي إن لم يكن جدٌّ ولا وصي؛ لأن الأمر بالكفالة من الصغير أمر بقضاء ما عليه، وأمر هؤلاء بقضاء ما عليه جائز؛ لأنه يكون استقراضًا على الصغير، ولهم هذه الولاية.

فإن تغيّب الغلام، فأخذ الكفيل أباه، وقال: أنت أمرتني أن أضمنه فخلّصني، فإن الأب يؤخذ بذلك حتى يحضر ابنه فرق بين هذا؛ وبينما إذا أمر الرجل غيره أن يكفل بنفس المطلوب، فكفل ثم تغيب المطلوب، وإن أراد أن يطالب الآمر بالكفالة حتى يحضر المطلوب لم يكن له ذلك.

والفرق: أن الكفيل بالصبي ما ثبت له حق مطالبة الأب بإحضار الصغير بحكم الأمر بالكفالة، بل لأن الصغير في قبضه وتدبيره، ولهذا قلنا: إن الصبي المأذون إذا أمر رجلا حتى كفل عنه، ثم تغيب الصبي أمر الأب بإحضاره، وإن لم يوجد أمر بالكفالة؛ لأن الصبي في قبضه وتدبيره، فأما المطلوب إذا كان بالغًا، فهو ليس في يد الآمر بحكم إنه في يده لو طولب به طولب بسبب الأمر، ولا يجوز أن يطالب الإنسان بحقوق العقد الذي باشره غيره بمجرد الأمر، ألا ترى أنه لو أمر غيره ببيع مال للغير، فباع لا يطالب الآمر بحقوق البيع، وطريقه ما قلنا

١٦٣٧٦ وإذا أذن المولى لعبده الصغير بالكفالة عن غيره، فكفل جاز عليه في الرق، وبعد العتق بخلاف الحر الصغير إذا أذن له الأب بالكفالة، المكاتب إذا كفل عن غيره، فكفالته باطلة، وإن أذن له المولى بذلك، بخلاف العبد إذا كفل بإذن المولى، ولا دين عليه.

الفصل الرابع

في الكفالة بالنفس ومطالبة الكفيل بالتسليم وصحة التسليم وعدم صحته

١٦٣٢٧ - قال محمد: وإذا كفل الرجل بنفس رجل، فلم يأت به، فظهرت مماطلته عند القاضي، حبسه القاضي حتى يجيء به؛ لأنه امتنع عن تسليم حق مستحق عليه عليه مع القدرة، فيحبس كالمديون إذا امتنع عن الدين، ثم قال: ولا يحبسه في أول مرة، يعني في أول مرة يرفع الطالب الأمر إلى القاضي، وإنما يحبسه بعد مرتين أو ثلاث مرات، يعني بعد ما رفع الطالب الأمر إلى القاضي مرتين أو ثلاثاً، وأمره القاضي بالإتيان به وتوعده بالحبس، فلم يأت به، لأن يحبسه القاضي، وتأويل المسألة إذا كان الكفيل مقراً بالكفالة، وأما إذا كان ينكر الكفالة، فأقيم عليه البينة بذلك، أو استحلف فنكل، فالقاضي يحبسه في أول مرة رفع الأمر إليه. وليس هذا في هذا الموضع خاصة، بل في الحقوق كلها، إذا كان من عليه الحق مقراً، فالقاضي لا يحبسه في أول مرة رفع إليه؛ لأن الحبس جزاء المماطلة والظلم، ومماطلة المقر وظلمه لا يظهر في أول مرة عند القاضي؛ لأن للمطلوب أن يقول: أنا أوفيه حقه إلا أنه أسرع في المرافعة إليك، ولا يمكنه أن يقول: بعد ما دفع الأمر إلى القاضي مرة أو مرتين أو ثلاثاً، فأما إذا كان منكراً حتى إذا وقعت الحاجة إلى إقامة البينة أو التحليف، فقد ظهر للقاضي مطله وظلمه بالمرافعة في أول مرة، فلهذا يحبسه.

وهذا إذا كان الكفيل قادراً على التسليم للحال، وإن كان عاجزاً عن التسليم في الحال، بأن غاب المكفول به إلى بلدة أخرى، ولا يعرف مكانه، فالكفيل لا يؤاخذ به، وإن كان يعرف مكانه، فالكفيل يؤاخذ به، ويؤمر بالتسليم، ولكن يمهل قدر المجيئة والذهاب، فإذا مضى ذلك الوقت، ولم يسلمه الآن، يحبسه، وهو بمنزلة ما لو لحق المكفول به بدار الحرب مرتداً إن كان الكفيل قادراً على رده بأن كان بيننا وبين أهل الحرب موادعة أن من لحق بهم مرتداً يردونه علينا إذا طلبنا، فالكفيل يمهل قدر الذهاب والمجيئة، وإن لم يكن قادراً على بأن لم يتقدم موادعة على الوجه الذي قلنا، فالكفيل لا

يؤاخذ به.

٢٢٣٧٨ - وفي «المنتقى»: إذا حبس الكفيل بالنفس بحكم الكفالة، وعلم أن المكفول بالنفس غائب ببعض الأمصار، فأبى أن يؤخذ منه كفيل بالنفس، ويخرج من السجن حتى يجيء بالذي كفل به، ثم إذا لم يكن الكفيل بالنفس قادراً على تسليم المكفول به حتى لم يطالب به، هل للطالب أن يلازمه؟ ذكر شمس الأئمة السرخسي في شرحه: أن له ذلك، وذكر شيخ الإسلام في شرحه: أنه ليس له ذلك، وإذا حبس المكفول بنفسه بدين أو غيره، يؤاخذ الكفيل به، كذا أطلق في «الأصل».

قالوا: وهذا إذا كان محبوساً في مصر آخر في سجن قاضي آخر؛ لأن المكفول به ليس في يد هذا القاضي الذي تخاصما إليه، لا حقيقة ولا حكماً، فيطالب الكفيل بالتسليم إذا كان قادراً عليه، وهو قادر عليه بأن يؤدي ما على المطلوب، حتى لو لم يكن قادراً بأن حبسه السلطان في تهمة، أو ما أشبه ذلك، لا يطالب الكفيل به.

فأما إذا كان محبوساً في المصر الذي وقعت الكفالة فيه في سجن القاضي الذي تخاصما إليه لا يطالب بالتسليم، ولكن القاضي يخرجه من السجن بخصمه، ثم يعيده إلى السجن، وهذا لأن سجن القاضي في يده وتحت ولايته، وكان كون المطلوب في سجنه ككونه في مجلس الحكم، ولو كان في مجلس الحكم القاضي لا يطالب بالتسليم، فكذا إذا كان في سجنه، وأما إذا كان محبوساً في المصر الذي وقعت الكفالة فيه، ولكن في سجن قاضي آخر بأن كان في المصر قاضيان، أو حبس في سجن الوالي، فالقياس أن يؤاخذ الكفيل بالتسليم، وفي الاستحسان: لا يؤاخذ به، ويكون الحكم فيه كالحكم فيما إذا كان محبوساً في سجن هذا القاضي؛ لأن سجن الوالي، وسجن قاضي آخر في هذا المصر بمنزلة سجنه؛ لأن له ولاية على أهل هذا المصر كلهم، إلا أنه نصب قاضي آخر في جانب آخر إذا كانت البلدة عظيمة؛ لأنه ربما لا يمكنه القيام بجميع أمور أهل البلدة، أو يتعذر على الناس الذهاب من جانب لبعد المسافة بين الجانبين، لا لقصور ولاية القاضي عن بعض أهل المصر، وإذا كان هكذا صار سجن القاضي الآخر في هذا المصر كسجن القاضي الذي تخاصما إليه، ولهذا قالوا: لو امتلأ أحد السجنين، كان لهذا القاضي أن يذهب بالبعض إلى سجن القاضي الآخر، بخلاف السجن الذي في

مصر آخر؛ لأن ذلك السجن ليس في يد هذا القاضي وتحت ولايته.

١٦٣٧٩ - وفي المنتقى: إذا كان المكفول بالنفس محبوسًا في سجن قاضٍ آخر في هذا المصر، فالقاضي يأمر الطالب أن يذهب إلى القاضي الذي حبسه، ويكون خصومته عنده، وإذا كفل بنفس محبوس، فإن كان في حبس هذا القاضي الذي وقعت الخصومة عنده، جازت الكفالة؛ لأنه قادر على تسليمه. وإن كان في حبس قاضٍ آخر، أو في حبس أمير أو قاضي بلدة أخرى لا يصح الكفالة.

وقال بعضهم: الكفالة صحيحة على كل حال؛ لأن القدرة بطريقها ثابتة في الجملة، قال في الأجناس: وإذا سلّم الكفيل المكفول بنفسه في السجن لا يبرأ، أما إذا كان محبوسًا في سجن قاضي بلد أخرى فظاهر، وأما إذا كان محبوسًا في سجن قاضي هذا البلد؛ لأنه لم يأت بالتسليم المستحق عليه؛ لأن التسليم المستحق عليه تسليم يتمكن الطالب بذلك من إحضار المكفول به إلى باب القاضي والخصومة معه، ولا يمكنه ذلك متى كان محبوسًا بدين آخر غيره، حتى لو كان محبوسًا بدين الطالب يبرأ.

قال مشايخنا: هذا إذا كان محبوسًا في سجن قاضٍ آخر، أما إذا كان محبوسًا في سجن القاضي الذي وقعت الخصومة إليه، فقد اختلفوا فيما بينهم، قال بعضهم: لا يبرأ، وعامتهم على أنه يبرأ، وهو الصحيح. وعلى قياس المسألة المتقدمة: ينبغي أن يبرأ إذا كان محبوسًا في المصر الذي وقعت الكفالة فيه استحسانًا، وإن كان محبوسًا في سجن قاضٍ آخر، أو في سجن الوالي، فكذا أيضًا: وهذا إذا كان محبوسًا من جهة غير الطالب، فأما إذا كان محبوسًا من جهة الطالب يبرأ بالتسليم في الحالين لا محالة.

١٦٣٨٠ - وفي الفتاوى: إذا سلمه في السجن منه على طلب الطالب يبرأ؛ لأنه لما طالبه بالتسليم وهو في السجن؛ فقد طالبه بالتسليم في السجن، وقد أتى به. وفي الأجناس: إذا كفل بنفس إنسان والمكفول به في السجن، فسلمه في السجن يبرأ.

١٦٣٨١ - وفيه أيضًا: لو كفل به وهو محبوس، ثم خلي عنه، ثم حبس ثانيًا قبل أن يسلمه الكفيل، والحبس الثاني غير الحبس الأول ينظر: إن كان الحبس الثاني من أمور التجار، له أن يسلمه في الحبس الثاني، وإن كان من أمور السلطان، فليس له أن يسلمه في الحبس.

وفي "المنتقى": إذا حبس المكفول بنفسه في سجن هذا القاضي بدين غيره، فأخرجه القاضي لخصومة الطالب، فقال الكفيل للطالب في الطريق قد دفعته إليك، وأنا بريء منه وهو ممنوع منه مع رسول القاضي لم يبرأ بذلك من الكفالة بالنفس، ولو قال ذلك قدّام القاضي، والطالب يخاصم المكفول بالنفس، كان الكفيل بريئاً من الكفالة.

١٦٣٨٢ - قال في "الأصل": وكذلك إذا سلمه في المفازة لا يبرأ؛ لأنه لم يأت بالتسليم المستحق عليه على ما مر، وأما إذا سلمه في مصر آخر إن كان مصراً ليس به سلطان ولا قاضي لا يبرأ، وإن كان مصراً فيه سلطان أو قاضي، فهذا على وجهين: إن وقعت الكفالة مطلقة لم يشترط فيها التسليم في المصر الذي وقع فيه الكفالة، ففي قول أبي حنيفة: يبرأ، وعلى قولهما: لا يبرأ.

وأما إذا شرط التسليم في المصر الذي وقعت فيه الكفالة، فسلم في مصر آخر، لا شك أن على قول أبي يوسف ومحمد: لا يبرأ، وأما على قول أبي حنيفة: فقد اختلف المشايخ فيه، وجه قولهما فيما إذا شرط التسليم في المصر الذي وقعت الكفالة فيه أن هذا شرط مفيد؛ لأنه عسى أن يكون شهوده في هذا المصر، أو يكون قاضي هذا المصر عالماً بحق المدعي.

وجه قولهما: إذا وقعت الكفالة مطلقة أن تسليم المطلوب قد يختلف باختلاف المكان من الوجه الذي بيّنا أن شهوده ربما يكون في هذا المصر، ولا يكون في مصر آخر، ويكون قاضي هذا المصر عالماً بحق المدعي، ولا يكون قاضي مصر آخر عالماً به؛ والأمكنة متى اختلف في حق التسليم، يتعين مكان العقد للتسليم عندهما، كما في باب السلم إذا وقع السلم مطلقاً، والمسلم فيه شيء له حمل ومؤنة.

ولأبي حنيفة: أن الأمصار كلها في تسليم المكفول به فيما هو المقصود من التسليم على السواء؛ لأن المقصود من التسليم إمكان الخصومة مع المكفول بنفسه، وإثبات الحق عليه بالبينة أو بالنكول، وجميع الأمصار في حق هذا المقصود على السواء، ومتى لم يختلف التسليم باختلاف الأمصار فيما هو المقصود، لم يكن تعيين المكان مفيداً عند بعض المشايخ، وعند الإطلاق لا يتعين مكان العقد، كما في باب السلم إذا وقع السلم

مطلقًا، وليس المسلم فيه حمل ومؤنة، فإنه لا يتعين مكان العقد للتسليم بالإجماع، كذا ههنا.

وأما إذا شرط التسليم في مكان بعينه من المصر الذي وقعت فيه الكفالة، فسلم في غير ذلك المكان من ذلك المصر، ذكر في "الأصل": أنه يبرأ الكفيل، ولم يذكر فيه خلافًا، وذكر الخصاف عن أبي يوسف: أنه لا يبرأ، وهو القياس، فكان القياس قول أبي يوسف، والاستحسان قول أبي حنيفة ومحمد، وهذا القياس والاستحسان إنما يجيء في بلدة عادتهم أنهم لا يزعجون المدعى عليه من يد الطالب متى ظفر به، بل يحضرونه على الإعداء إلى باب القاضي؛ لأن في مثل هذا البلد هذا الشرط غير مفيد، لأن المقصود من التسليم إمكان الخصومة معه، وجره إلى باب القاضي، وفي أي مكان يسلمه يجد من يعينه على جره إلى باب القاضي. فأما إذا كانت بلدة من عادتهم إزعاج المدعى عليه من يد المدعي، يجب مراعاة هذا الشرط قياسًا واستحسانًا؛ لأنه شرط مفيد؛ لأنه في المكان المشروط يجد من يعينه على جره إلى باب القاضي، ولا يجد ذلك في مكان آخر، وإلى هذا أشار محمد في الكتاب، حيث قال: دفعه في المصر والمكفول به لا يستطيع أن يمتنع منه، ولو شرط على الكفيل أن يسلمه في مجلس القاضي، فسلمه في غير مجلس الحكم ذكر في "الأصل": أنه يبرأ، قالوا: هذا إذا سلمه في مكان لا يمكن للمطلوب أن يمتنع عنه، ويتأبى عن الحضور بمجلس الحكم، فأما إذا حصل التسليم في مكان يمكن للمطلوب الامتناع، والتأبي عن الحضور بمجلس الحكم، لا يبرأ، وإلى هذا أشار محمد في الكتاب حيث قال: لأن المكفول به لا يستطيع أن يمتنع من الطالب. وكان الفقيه أبو بكر البلخي يقول: إن كان هذا الشرط في موضع عادة أهل ذلك الموضع أنهم يخلصون المطلوب من يد الطالب، يجب مراعاة هذا الشرط، وإن كان في موضع عادة أهل ذلك الموضع أنهم لا يخلصون المطلوب من يد الطالب، بل يعينون الطالب على جره إلى باب القاضي، لا يجب مراعاة هذا الشرط؛ ويبرأ إذا سلمه في المصر في مكان آخر.

١٦٣٨٣ - وإذا سلم الكفيل المكفول بنفسه إلى الطالب، ولم يقل: سلمته إليه بجهة الكفالة، فهذا على وجهين: الأول: أن يسلمه بعد ما طلب الطالب التسليم من الكفيل، وفي هذا الوجه يبرأ؛ لأن التسليم بجهة الكفالة إن لم يثبت نصًا، فقد ثبت

دلالة؛ لأن التسليم حصل بناء على طلب الطالب، والطالب إنما يطلب التسليم بحكم الكفالة إذ ليس له ولاية المطالبة إلا بجهة الكفالة، فصار قول الطالب: سلم نفسي فلان إليّ، وقوله: سلم نفس فلان إليّ بحكم الكفالة سواء، وإذا ثبت أن الطالب طلب التسليم بحكم الكفالة، كان تسليم الكفيل بحكم الكفالة أيضاً؛ لأن التسليم من الكفيل كالجواب لطلبه لما كان بناء عليه، فتضمن إعادة ما في الطلب من حيث المعنى.

الوجه الثاني: أن يسلمه ابتداء من غير طلب المدعي، وفي هذا الوجه لا يبرأ الكفيل. هكذا ذكر شيخ الإسلام في شرحه، قال: الكفالة قد صحت ووقع الشك في ارتفاعها، إن أراد الكفيل التسليم بجهة الكفالة، ترتفع الكفالة، وإن أراد التسليم بجهة الاستعانة والاستحضار، بأن استأجر الطالب المطلوب لعمل، أو استعان به في عمل، ثم قال للكفيل: استعنت فلاناً في عمل كذا، أو استأجرته لعمل كذا. فإذا رأيته فأتني به متى سلمه على هذا الوجه، لا ترتفع الكفالة، فإذا أطلق وقع الشك في ارتفاعها، فلا ترتفع بالشك.

فرق بين هذا وبينما إذا قال الطالب: قد قبضت نفس فلان من فلان، فإن هناك يبرأ الكفيل، ويحمل مطلق الإقرار بالقبض على الإقرار بالقبض من جهة الكفالة، وهنا لم يحمل مطلق التسليم على التسليم من جهة الكفالة. هذا جملة ما ذكره شيخ الإسلام في شرحه، وذكر الشيخ الإمام أحمد الطواويسي: أن في هذا الوجه يبرأ الكفيل أيضاً، وذكر شمس الأئمة السرخسي في شرحه: إذا دفع الكفيل المكفول به إلى الطالب، برئ منه، وإن لم يشترط التسليم بجهة الكفالة، ولا التسليم بعد ما طلب المدعي، والوجه في ذلك أن التسليم بجهة الكفالة مستحق عليه، والتسليم بجهة أخرى غير مستحق عليه، والمستحق بجهة إذا وقع وقع من جهة المستحق، ولا يشترط التنصيص على تلك الجهة، عرف ذلك في مواضع كثيرة.

١٦٣٨٤- وإذا دفع الكفيل المكفول به إلى الطالب، وقال: قد سلمته إليك بجهة الكفالة، وأبى الطالب القبول، أجبر على القبول، ومعناه أنه ينزل قابضاً دفعاً للضرر عن الكفيل؛ لأن الطالب ممتنع عن القبول إيفاء حق نفسه بهذا الطريق. قلنا: إن المديون إذا جاء بالحق، ووضعه بين يدي الطالب؛ يصير الطالب قابضاً حتى يبرأ المديون عن

المدعي، وطريقه ما قلنا.

١٦٣٨٥ - وإذا دفع المكفول بنفسه نفسه إلى الطالب، وقال: إنه دفع نفسه إليه من كفالة فلان، يجبر الطالب على القبول، ويبرأ الكفيل من الكفالة، كما لو سلم الكفيل بنفسه نفسه. ولو سلم أجنبي نفس المطلوب إلى الطالب من كفالة فلان، لا يجبر الطالب على قبوله.

والفرق: أن الأجنبي في تسليم نفس المطلوب متبرع من كل وجه، وللطالب أن لا يقبل الحق من المتبرع دفعًا للمنة، فأما المطلوب ذو حظ في تسليم نفسه؛ لأنه يستفيد بهذا التسليم براءة نفسه عن مطالبة الكفيل، فكان ذو حظ من هذا التسليم، فكان تسليمه بمنزلة تسليم الكفيل. ثم إن محمدًا شرط في هذه المسألة التسليم من كفالة فلان، قال شيخ الإسلام المعروف بـ خواهرزاده[١]: قال مشايخنا: شرط التسليم من الكفالة شرط لازم، فأما شرط التسليم من كفالة فلان فإنما يحتاج إليه إذا كان بنفسه كفيلان كل واحد منهما بعقد على حدة، فأما إذا كان بنفسه كفيل واحد، فلا حاجة إلى ذكر فلان.

١٦٣٨٦ - إذا وكل الطالب رجلاً بأن يأخذ له كفيلاً من المطلوب بنفسه، فأخذه، فهذا على وجهين: إما أن أضاف الوكيل الكفالة إلى نفسه، وفي هذا الوجه حق مطالبة الكفيل للوكيل.

وإما أن أضاف الكفالة إلى الموكل، وفي هذا الوجه حق مطالبة الكفيل للموكل، وهذا لما عرف في كتاب الوكالة أن حقوق العقد راجع إلى من كان العقد مضافًا إليه. وإن دفع الكفيل المطلوب إلى الموكل برئ في الوجهين جميعًا استحسانًا. نص في باب البيوع، إذا دفع المشتري الثمن إلى الموكل. ومن هذا الجنس القاضي أو رسوله، إذا أخذ كفيلاً بنفس المدعى عليه، فإن أضاف الكفالة إلى نفسه، فحق مطالبته الكفيل بالتسليم له، وإذا سلم إليه برئ، ويبرأ بالتسليم إلى المدعي. وإن أضاف الكفالة إلى المدعي بأن قال: أعط كفيلاً بنفسك للمدعي، فحق المطالبة للمدعي. وإذا سلم إلى المدعي برئ، وإذا سلم إلى القاضي أو رسوله لا يبرأ.

(١) وكذا في ط، وكان في الأصل: [illegible]

الفصل الخامس
في الكفيل بالمال وأداء الكفيل ما كفل به

١٦٣٨٧ - قال محمد: كل دين وجب على الحقيقة في ذمة إنسان صغير أو كبير، ذكر أو أنثى، مأذون أو محجور عليه إذا كفل به إنسان، صحت الكفالة، إذا كان الكفيل ممن يصح منه التبرع، ولا تجوز الكفالة ببدل الكتابة؛ لأنه ليس بدين حقيقة؛ لأن المكاتب عبد المولى، والمولى لا يستوجب على عبده دينًا، لكن جعل كالواجب في حق توجه المطالبة ليتوصل المولى إلى الأداء، فلا يظهر في حق صحة الكفالة، ولا تصح الكفالة بالسعاية عند أبي حنيفة، خلافًا لهما؛ لأن السعاية عند أبي حنيفة بمنزلة بدل الكتابة، والمستسعى بمنزلة المكاتب وعندهما المستسعى بمنزلة حر عليه دين.

١٦٣٨٨ - وفي "الجامع الصغير": وتجوز الكفالة والرهن بالخراج؛ لأن الخراج دين، وهو من حقوق العباد، وليس بعقوبة، فأشبه سائر الديون.

١٦٣٨٩ - وفي كل موضع صحت الكفالة، وأدى الكفيل ما كفل به من عنده رجع على المكفول عنه إذا كانت الكفالة بأمر المكفول عنه، ولا يرجع عليه قبل الأداء، فرق بين الكفيل والوكيل بالشراء، فإن للوكيل بالشراء أن يرجع على الموكل بالثمن قبل أن يؤدي بنفسه، والفرق: أن رجوع الوكيل على الموكل بحكم بيع حكمي ينعقد بين الوكيل والموكل، كأن الوكيل اشترى لنفسه، ثم باع من موكله، ولو كان هكذا حقيقة كان له أن يرجع عليه بالثمن قبل أن يؤدي بنفسه، كذا ههنا، أما رجوع الكفيل على المكفول عنه بحكم الإقراض، وقبل الأداء لم يقرضه المال، أما أقرضه الذمة للمطالبة فلا جرم إذا طولب كان له أن يطالب الأصيل، وإذا أدى الكفيل المال من عنده، رجع بما كفل ولا يرجع بما أدى حتى لو أدى الزيوف، وكان قد كفل بالجياد، يرجع بالجياد، ولو أدى مكان الدراهم التي كفل بها دنانير أو شيئًا مما يكال أو يوزن على سبيل الصلح، رجع بما كفل به، فرق بين هذا وبين المأمور بقضاء الدين إذا قضى، فإنه يرجع بما قضى.

١٦٣٩٠ - وإذا كفل رجل عن رجل بمال، وأدى المكفول عنه المال إلى الكفيل

قبل أن يؤدي الكفيل إلى المكفول له ، ثم أراد أن يسترد ذلك من الكفيل ، فهذا على وجهين : إما أن يعطي المكفول عنه المال على وجه الرسالة ، بأن كره مطالبة الكفيل ، فأعطاه المال ، وقال : خذه وادفعه إلى المكفول له ، أو دفعه على وجه الاقتضاء ، وفي الوجهين ليس له أن يسترد المال من الكفيل ، أما إذا دفعه على وجه الرسالة ، فلأنه تعلق بالمؤدى حق المكفول له ، وبالاسترداد يبطل ذلك الحق ، وأما إذا دفعه على وجه الاقتضاء ؛ لأن الكفيل لما اقتضى الدين من المكفول عنه قبل أن يقضي دين الطالب ، فقد استعجل ماله من الدين المؤجل ؛ لأن الكفالة متى حصلت بأمر المكفول عنه فإنها توجب دينين ، دينًا للطالب على الكفيل ، ودينًا للكفيل على المكفول عنه ، إلا أن ما للطالب على الكفيل حال ، وما للكفيل على المكفول عنه مؤجل إلى وقت الأداء ، فهو معنى قولنا : إن الكفيل استعجل ماله من الدين المؤجل ، ومن استعجل ماله من الدين المؤجل ، رعجل من عليه ، لا يكون لمن عليه أن يرجع بذلك ، فإن كان الكفيل تصرف في المال وربح ، فإن كان المكفول عنه أعطاه المال على وجه الرسالة ، لا يطيب له الربح ، سواء كان المكفول به شيئًا يتعين بالتعيين أو لا يتعين عند أبي حنيفة ومحمد ، وعند أبي يوسف : يطيب له ؛ لأنه مودع تصرف في الوديعة وربح ، وإن كان المكفول عنه دفع المال على وجه اقتضاء إن كان المكفول به شيئًا لا يتعين بالتعيين ، بأن كان دراهم أو دنانير ، فإنه يطيب له الربح ، ولا يتصدق بشيء استحسانًا عندهم جميعًا .

أما على قول أبي يوسف ومحمد : فلأنه لو كان المكفول به مضمونًا ، وتصرف وربح يطيب له الربح ، فإذا كان المكفول به دراهم أولى ، وأما على قول أبي حنيفة : فلأنه وإن ملك المقبوض ملكًا فاسدًا عنده من حيث الحكم ، فإن للمكفول عنه أن يسترده من الكفيل حال قيام الكفالة ، بأن يؤدي دين المكفول له قبل أداء الكفيل وبأداء الأصيل ، لا يبطل الكفالة ، بل ينتهي ، واسترداد المقبوض حال قيام العقد من حكم من ملك فاسدًا ؛ لأن من ملك دراهم أو دنانير بيعًا فاسدًا ، وقبض الدراهم أو الدنانير ، وتصرف وربح ، فإنه يطيب له الربح ، ولا يتصدق بشيء ، فكذلك ههنا

وإن كان المكفول به شيئًا يتعين بالتعيين ، بأن كان طعامًا ، فعندهما : لا يتصدق بشيء ، ويطيب له الربح ، وهو رواية عن أبي حنيفة في كتاب البيوع ؛ لأن هذا ربح حصل على ملكه ، وذكر في «الجامع الصغير» : أن على أبي حنيفة : يستحب له أن يرد

وذكر في كتاب الصلح: أن على قول أبي حنيفة: يطيب له الربح، وذكر في كفالة الأصل: أن على قول أبي حنيفة: يستحب له أن يتصدق به، فإذا ليس في المسألة اختلاف الروايات عن أبي حنيفة، فما ذكر في كتاب البيوع والصلح جواب القياس، وهو قولهما، وما ذكر في الجامع الصغير والكفالة جواب الاستحسان، إلا أن ما قال في كتاب الكفالة والجامع الصغير: أشير إلى أن الكفيل بالخيار، إن شاء تصدق به، وإن شاء رده على المكفول عنه، والحاصل على قول أبي حنيفة: يؤمر الكفيل بالتصدق استحسانًا، وإن شاء لم يتصدق، ورد على المكفول عنه، وعلى قولهما: لا يؤمر الكفيل بالتصدق استحسانًا، ولا بالرد على المكفول عنه.

١٦٣٩١- وإذا كان للرجل على رجل ألف درهم مؤجلة وكفل بها رجل، ولم يسم في الكفالة إلى أجل، فإنه يصير كفيلاً بالمال إلى ذلك الأجل؛ لأن الكفيل متحمل عن الأصيل، فإنما يلزمه قدر ما لزم الأصيل، وكان بمنزلة ما لو كفل عنه بألف درهم، وعلى الأصيل ألف درهم زيوف، فإنه يصير كفيلاً بالزيوف، وإن لم ينص على الزيافة في الكفالة، كذا ههنا. فإن مات الكفيل قبل الأجل، فهي عليه حالة يؤخذ من ماله؛ لأن الأجل ثبت للكفيل، وبموت من له الأجل يسقط الأجل عندنا.

١٦٣٩٢- وإذا أدى ورثة الكفيل الدين من التركة، لم يكن لهم أن يرجعوا بالدين على الأصيل ما لم يحل الأجل عند علمائنا الثلاثة، وعند زفر: يرجعون عليه في الحال، قال شيخ الإسلام: يجب أن يكون على هذا الخلاف إذا عجل الكفيل حال حياته دين الطالب، ليس له أن يرجع على المكفول عنه قبل حلول الأجل عند علمائنا الثلاثة. والوجه لنا أن الكفيل إنما يرجع بقدر ما التزم، وقد التزم مؤجلاً، والمعجل أزيد من المؤجل، فلو رجعوا عليه معجلاً، فقد رجعوا بالزيادة على ما التزم، وهو نظير ما لو كفل بالزيوف، وأدى الجياد، ولو لم يمت الكفيل، ولكن مات الذي عليه الأصل، سقط الأجل في حقه، ولا يسقط في حق الكفيل؛ لأنه لو سقط في حق الكفيل، لقد لزمه زيادة على ما التزم، وذلك لا يجوز.

الفصل السادس
في الأجل والخيار والكفالة

١٦٣٩٣ - قال محمد في الأصل : وإذا كفل بنفس رجل إلى شهر ، أو إلى ثلاثة أيام، أو ما أشبه ذلك ، فهو جائز ؛ لأن الكفالة بالنفس كفالة بتسليم النفس ، وتسليم النفس فعل يجب في الذمة ، وما يجب في الذمة فقد يجب حالاً ، وقد يجب مؤجلاً ، وإذا صحت الكفالة ، فإنه يطالب الكفيل بعد مضي الشهر ، ولا يطالب به للحال في ظاهر رواية أصحابنا ، فظاهر مذهب أصحابنا : أن الكفالة إذا حصلت إلى أجل ، فإنما يصير الكفيل كفيلا بعد مضي الأجل ، ويطالب به بعد مضي الأجل .

وعن أبي يوسف : أنه يطالب به في الأجل ، وإذا مضى الأجل يبرأ الكفيل ، وهو قول الحسن بن زياد ، ومسألة الظهار والإيلاء يشهدان لهما ، فإنه إذا ظاهر منها مدة معلومة ، أو آلى منها مدة معلومة ، فالإيلاء والظهار يثبتان في المدة ، ويبطلان بمضي المدة ، ومسألة الطلاق تشهد لظاهر الرواية ، فإنه إذا قال لامرأته : أنت طالق إلى عشرة أيام ، فإنما يقع الطلاق عليها بعد مضي عشرة أيام إلا على قول زفر ، فإنه يقول : يقع الطلاق عليها للحال ، وكان القاضي الإمام أبو علي النسفي يقول : قول أبي يوسف أشبه بعرف الناس ؛ إن الناس إذا كفلوا إلى مدة يفهمون بضرب المدة أنهم يطالبون في المدة لا بعدها ، ولو قال : كفلت بنفس فلان من هذه الساعة إلى شهر تنتهي الكفالة بمضي الشهر بلا خلاف ، فلو قال : كفلت بنفس فلان شهراً ، أو قال : ثلاثة أيام ، لم يذكر محمد هذا الفصل في الكتاب ، وقد اختلفوا فيه ، قال بعضهم : هذا ، وما لو قال : إلى شهر إلى ثلاثة أيام سواء ، ومنهم من قال : بأن في هذه الصورة يطالب الكفيل في المدة ، ويبرأ بمضي المدة ، وإليه مال الشيخ الإمام عبد الواحد الشيباني .

١٦٣٩٤ - وإذا كفل إلى الحصاد أو إلى الدياس أو إلى الجزاز أو إلى المهرجان ، أو إلى النيروز ، فالكفالة جائزة إلى الأجل المسمى ؛ لأن ما ذكر من الأجل ، وإن كان فيه نوع جهالة ، فهي جهالة مستدركة ، فإن تقدم الحصاد والدياس بتقدم الحر وتأخره

بامتداد البرد ، وذلك يكون متقاربًا ، ومثل هذه الجهالة لا تمنع صحة الكفالة ؛ لأنها مبنية على التوسع ، ألا ترى أن الجهالة في المكفول به لا يمنع صحة الكفالة ، حتى إن من قال لغيره : كفلت لك بمالك على فلان من الدين ، ولم يسمِّ ، أو قال : كفلت لك عن فلان بما يخرج من حسابك عليه ، أو بما بايعت فلانًا ، فإنه يصح مع أن المكفول به معقود عليه ، وعينه البيع معقود عليه ، وهو الأجل أولى ، وبه فارق البيع ؛ لأن الجهالة في المعقود عليه هناك يمنع صحة العقد ، فكذا في الأجل المشروط فيه ، وهذا لأن الأجل إذا شرط في نفس العقد يصير من العقد ، ولهذا روى ابن سماعة عن محمد : أنه إذا أجل في الثمن بعد البيع إلى الحصاد أو الدياس يجوز ؛ لأنه إذا لم يكن الأجل مشروطًا في العقد لا يصير من العقد ، ولكن تأثيره في تأخير المطالبة ، ويجوز تأخير المطالبة إلى هذه الآجال[1] .

فإن قيل : ما تقولون فيما إذا تزوج امرأة بصداق مؤجل إلى هذه الآجال ، فإن الصداق يحتمل الجهالة المتفاوتة ، ثم لا يصح اشتراط هذه الآجال فيه .

قلنا : جواب هذا الفصل غير محفوظ في الكتب ، وبين مشايخنا فيه اختلاف ، قال شمس الأئمة السرخسي : الأصح عندي أن هذه الآجال تثبت في الصداق ؛ لأن اشتراط هذه الآجال لا يؤثر في أصل النكاح ، بخلاف البيع ، فيبقى هذا أجلاً في الدين المستحق لا في العقد ، والمهر يتحمل جهالة الصفة[2] ، وكذلك لو قال في الكفالة إلى العطاء أو إلى الرزق[3] ، أو إلى صوم النصارى ، أو فطرهم ، فهذا كله تأجيل ، وإن كان فيه جهالة ؛ لأنها مستدركة .

وكذلك إذا قال : إلى أن يقدم المكفول به من سفره ، صحت الكفالة مع هذا التأجيل ؛ لأن قدوم المكفول به من سفره ميسر لتسليم نفسه إلى خصمه ، والتأجيل إلى ميسر التسليم صحيح ، ثم الكفالة مع الأجل صحيحة على كل حال ، جميع الآجال في ذلك على السواء ، وهل يثبت الأجل ؟ ينظر ، إن كان من الآجال المتعارفة ، يثبت سواء

(١) وفي ف : الجرهة البة .

(٢) هكذا في جميع النسخ ، وكان في تصحيح ص : جهالة الصفة ، فكذا جهالة الأجل .

(٣) هكذا في ظ ، ف ، وم ، وكان في الأصل : الزرق .

كان أجلا يتوهم حلوله في الحال، أو لا يتوهم حلوله أصلا، كما لو كفل بنفس رجل إلى أن يقدم المكفول به من سفره، وإن لم يكن من الآجال المتعارفة إن لم يتوهم حلوله أصلا، أو كان يتوهم حلوله في الحال، لا يثبت الأجل، كما لو كفل بنفس فلان إلى أن يهب[1] الريح إلى أن يمطر السماء، وإن كان لا يتوهم حلوله في الحال، ولكن يحل بعد ذلك، يثبت كما لو كفل إلى الحصاد أو إلى الدياس، هذا هو عبارة بعض مشايخنا، وعبارة بعضهم أن ذكر أجلا يتيسر به على الكفيل الأداء إن كان أجلا يتوهم حلوله في الحال، كقدوم المكفول به من سفره، وغير ذلك، وإن ذكر أجلا لا يتيسر على الكفيل الأداء به، إن كان أجلا يتوهم حلوله في الحال أو لا يتوهم حلوله أصلا لا يثبت، وإن كان أجلا لا يتوهم حلوله في الحال، ويحل بعد ذلك، يثبت على ما ذكرنا.

١٦٣٩٥- في «المنتقى» بشر عن أبي يوسف: في رجل كفل بمال عن رجل إلى العطاء، قال: يأخذه به حالا، قال بشر: وله فيه قول آخر أنه إلى العطاء، وقال أبو حنيفة: إن رضي أن يكون إلى العطاء، وإلا لا شيء له.

١٦٣٩٦- وفي «المنتقى» أيضاً: رجل كفل بنفس رجل على أنه كلما طالبه به، أو على أنه كلما طلبه منه، فله أجل شهر، فالكفالة جائزة، وهكذا رواه ابن سماعة عن محمد، وعلل، فقال: لأن معاملة الناس على هذا وشبهه، فمتى طلبه منه، فله أجل شهر من يوم طلبه، فإذا مضى الشهر من ذلك الوقت، فله أن يأخذه متى شاء بالطلب الأول، ولا يكون له بالطلب الثاني أجل شهر آخر؛ لأن هذا إنما طلبه منه بالطلب الأول الذي قد أجله فيه، فهو عليه متى شاء أخذه به ما لم يدفع إليه، وإذا دفعه إليه إن قال حين دفعه إليه: برئت إليك منك، فهو بريء منه فيما يستقبل، ولو دفعه إليه، ولم يبرأ منه، فله أن يطالبه منه ثانياً، ولا يكون ذلك براءة له فيما يستقبل، قال: لأنه قال في الكفالة على أنك كلما طلبته مني، فلي أجل شهر، فكأنه قال في الكفالة: قد كفلت لك على أنك كلما طلبته، وأتيت به إلا أن لي أجل شهر من ذلك حتى أطلبه، وكلمة كلما تقتضي التكرار، فيقتضي تكرار الموافاة كلما تكررت المطالبة، فالدفع إليه مرة إنما يبرأ عن موافاة لزمته بالمطالبة السابقة، لا عن موافاة لزمته بمطالبته توجد في المستقبل، فإنما

---

(١) وفي م: هبت الريح

يبرأ عن ذلك بصريح الإبراء، فإذا أبرأ إليه[1] حين دفعه إليه مرة، فقد وجد صريح الإبراء، فيبرأ في المستقبل، وما لا فلا. فإن دفع إليه مرة، ولم يبرأ، وطالبه بعد ذلك، فللكفيل أجل شهر آخر أيضاً من يوم طلبه منه؛ لأن هذا الطلب غير الأول بخلاف ما إذا لم يدفعه مرة؛ لأن قبل الدفع هو طالب به بالطلب الأول.

١٦٣٩٧ - رجل له على رجل ألف درهم حالة كفل رجل بها على أن الطالب متى طالبه من الكفيل، فللكفيل أجل شهر، فهذا جائز، ومتى طالبه منه، فله أجل شهر، فإذا مضى الشهر كان له أن يأخذه منه متى شاء بالطلب الأول، ولا يكون له أجل شهر، ولو كان كفل له بالمال حالاً، ولم يشترط عليه أنه متى طالبه به، فله أجل شهر، ثم إن المكفول له لقيه بعد ذلك، وقال له: متى ما طلبتك بهذا المال، فلك أجل شهر. كان قوله هذا باطلاً، وله أن يأخذه بالمال متى شاء.

١٦٣٩٨ - وإذا كان لرجل على رجل ألف درهم حالة من ثمن بيع، فكفل بها رجل إلى سنة، فهذا على وجهين. إن أضاف الكفيل الأجل إلى نفسه بأن قال: أجلني، ثبت الأجل في حق الكفيل وحده، وإن لم يضف الأجل إلى نفسه، بل ذكره مطلقاً، ورضي به الطالب، يثبت الأجل في حق الكفيل والأصيل جميعاً.

والفرق: وهو أن الأجل براءة موقتة، فيعتبر بالبراءة المؤبدة، والبراءة المؤبدة متى كانت مضافة إلى المال الذي كفل به مطلقاً، ولم يكن مضافاً إلى أحد لا إلى الكفيل، ولا إلى الأصيل، بأن قال الكفيل للطالب: صالحني عن نصف الألف التي كفلت بها على خمسمائة، فصالحه على ذلك، يثبت البراءة في حق الكفيل والأصيل جميعاً، ولو كانت البراءة مضافة إلى الكفيل، بأن قال الكفيل للطالب: صالحني عن الألف التي كفلت بها على خمسمائة على أن تبرئني من الباقي، ففعل برئ الكفيل عن الخمسمائة دون الأصيل، فكذا ههنا.

١٦٣٩٩ - وإذا كان للرجل على رجل ألف درهم مؤجل، فكفل بها كفيل إلى أجل مثل ذلك الأجل، أو دونه، أو أكثر منه، فهو جائز، والمال على الكفيل إلى الأجل الذي سمى، ولو كان المال حالاً على الأصيل والكفيل، فأخر الكفيل المكفول عنه إلى

---

(١) هكذا في ظ و ب و م، وكان في الأصل: "أبرأ".

أجل، صح التأخير في حق الكفيل والمكفول عنه، ولا يصح في حق الطالب؛ لأن تصرف الإنسان إنما يصح فيما هو حقه، ولا يصح فيما هو حق الغير حتى كان للطالب أن يطالب في الحال إن شاء الكفيل، وإن شاء المكفول عنه، وإذا أدى الكفيل لا يرجع على المكفول عنه ما لم يمض الأجل، وإن أخر الطالب المطلوب إلى أجل صح التأخير في حق المطلوب والكفيل جميعاً، وإن أخر الكفيل إلى أجل صح التأخير في حق الكفيل خاصة؛ لأن التأجيل براءة مؤقتة، فتعتبر بالبراءة المؤبدة، ثم براءة الكفيل براءة مؤبدة لا توجب براءة الأصيل، وبراءة الأصيل توجب براءة الأصيل والكفيل جميعاً، فكذا البراءة المؤقتة. فإن أدى الكفيل في هذه الصورة وهو ما إذا أخر الطالب الكفيل خاصة قبل مضي الأجل، لا يرجع على الأصيل ما لم يمض الأجل، هكذا ذكر في عامة الروايات، وذكر في بعض الروايات أنه يرجع على الأصيل قبل مضي الأجل، وإن أخر الأصيل والكفيل، وأدى الكفيل قبل مضي الأجل، لا يرجع على الأصيل قبل مضي الأجل باتفاق الروايات.

١٦٤٠٠ - وإذا كفل بالقرض مؤجلاً إلى أجل مسمى، فالكفالة جائزة؛ لأن مال القرض مضمون تجري فيه الكفالة، والمال على الكفيل إلى الأجل الذي سمى، وعلى الأصيل حال؛ لأن الكفيل إنما يلتزم المطالبة بالعقد، وذلك يقبل التأخير بالتأجيل.

١٦٤٠١ - وإذا كفل بمال رجل، وكفل عن الكفيل رجل آخر، ثم الطالب أخر المال عن الأصيل، كان ذلك تأخيراً عن الكفيلين، ولو أخره عن الكفيل الأول، فهو تأخير عن الكفيل الآخر، والمال على الأصيل حال.

١٦٤٠٢ - وإذا كفل رجلان عن رجل بألف درهم، وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه على أن المال على أحدهما إلى سنة، وعلى الآخر إلى سنتين، فهو جائز، فإن حل على صاحب السنة، فأداه يرجع به على الأصيل؛ لأن المال على الأصيل حال، ولا يرجع به على الكفيل الآخر؛ لأن المال على الكفيل الآخر إلى سنتين، ألا ترى أن الطالب لا يطالبه إلى سنتين، فكذا هذا الكفيل.

١٦٤٠٣ - ولو كفل رجل عن رجل بألف درهم إلى سنة، ثم إن الكفيل باع الطالب بها عبداً قبل الأجل، وسلمه إليه، ثم استحق العبد، فالمال على الكفيل إلى

أجله؛ لأن بالاستحقاق ينفسخ العقد من الأصل[1]، وكذلك لو رده المشتري بعيب بقضاء؛ لأن الرد بالعيب بقضاء فسخ من كل وجه في حق الناس كافة، ألا ترى أن هذه المعاملة لو جرى بين الطالب، وبين الأصيل يعود الأجل، فكذا هنا، وإن كان الرد بالعيب بغير قضاء، أو تقايلا البيع لا يعود الأجل، فقد فرق في حق الأجل بين الرد بالعيب بقضاء وبين الرد بالعيب بغير قضاء، وسوى بينهما في الكفالة حتى قال: إذا كان بالثمن كفيل، ورد المشتري المبيع بالعيب بقضاء، أو بغير قضاء يبرأ الكفيل عن الثمن.

والفرق: أن الرد بالعيب بعد القبض قضاء، والإقالة بما تعتبر فسخاً في حق المتعاقدين فيما هو من أحكام العقد الذي جرى بينهما، والأجل ليس من ذلك في شيء، وكان في حق الأجل هذا بمنزلة بيع مبتدأ، فلا يثبت الأجل في بدله إلا بالشرط، ولو لم يمه الكفيل عيباً، ولكن قضاه وعجلها، فوجدها سرقة، فردها كان المال على الكفيل إلى أجله؛ لأنه تبين أنه ما صار قابضاً حقه، وسقوط الأجل من حكم قبضه.

وكذلك لو وجدها زيوفاً أو نبهرجة وردها بقضاء أو بغير قضاء، وهذا لأن في باب الزيوف المقبوض إنما يصير حقاً له إذا تجوز به، فإذا لم يتجوز به لم يصر حقاً له، وسقوط الأجل باعتبار قبض الحق، وإن كان حين أعطاه المال أعلمه أنها زيوف، وقبض مع ذلك، فهو جائز؛ لأنه تجوز بدون حقه، فيصير الكفيل قاضياً به دينه، ولا يعتبر هذا مبادلة الأجل بالصفة.

٤٠٦٦٤- وإذا كفل الرجل عن رجل بمال، وباع الأصيل من الطالب عبداً بذلك المال، وسلمه إليه حتى برئ الكفيل من الكفالة حكماً لبراءة الأصيل، ثم استحق العبد من يد الطالب، أو رده الطالب بالعيب بقضاء القاضي عاد المال على الكفيل، ولو رده بغير قضاء لا يعود المال على الكفيل، ذكر محمد في إقرار "الأصل"[2] في باب الخيار في الكفالة والإقرار بالدين: أن شرط الخيار في الكفالة صحيح، وصورة ما ذكر محمد: إذا أقر الرجل أنه كفل لفلان بألف درهم على أنه بالخيار ثلاثة أيام إن صدقه الطالب، يثبت

---

(١) هكذا في "ظ" و"ف"، وكان في الأصل وم: "الأجل".

(٢) من قوله: "ذكر محمد في إقرار "الأصل"" إلى قوله: "أن يكون معلوماً جاز بالاتفاق"، لم يكن في الأصل.

الإبراء المؤبد إسقاط محض في حق الكفيل ليس فيه تمليك مال؛ لأن الواجب بعقد الكفالة على الكفيل مجرد مطالبة[1]، وقد أمكننا تصحيح الإبراء من غير أن نعتبر الدين واجبًا عليه، فإنه موضوع للإسقاط، قلنا: والإسقاط المحض لا يحتمل الرد كإسقاط الخيار. وأما التأجيل، فتأخير مطالبته، وليس بإسقاط، ألا ترى أن المطالبة تعود بعود الأجل والتأخير أن يقبل الإبطال، بخلاف الإسقاط المحض[2] إذا أقر الكفيل بالكفالة بالمال مؤجلًا إلى شهر، وادعى المكفول له أن الكفالة حالة، ففي ظاهر رواية أصحابنا أن القول قول الكفيل، وروى ابن سماعة عن محمد عن أبي يوسف أن القول قول المكفول له.

---

(١) وفي الأصل: مطالبه.

(٢) ما بين القوسين في ظ فقط لا في غيرها.

الفصل السابع
في تعليق الكفالة بالشرط

١٦٤٠٦- قال محمد في "الجامع الصغير": رجل له على رجل مائة درهم كفل رجل بنفسه، وشرط في الكفالة بالنفس إن لم يواف غداً، فعليه المائة، فهذا جائز.

يجب أن يعلم أن من هذا الجنس مسائل كثيرة:

إحداها: إذا شرط الكفيل في الكفالة بالنفس إن لم أوافك به غداً، فعلي المائة التي لك عليه صحت الكفالتان، والقياس أن لا تجوز الكفالة بالمال؛ لأن الكفالة بالمال سبب لوجوب المال، فلا يصح تعليقها بالأخطار كالبيع والإجارة.

وجه الاستحسان ما أشار إليه محمد في الكتاب، فقال: لأن هذا من عمل التجار يريد به أن تعليق الكفالة بالمال بعدم موافاة النفس معتاد فيما بين التجار، والقياس يترك بالتعامل، والمعنى فيه أن الكفالة الثانية تأكيد ما وجب بالكفالة الأولى معنى؛ لأن الكفالة بالنفس سبب للتوصل إلى المال، فكان الكفيل بالنفس كفيلاً بالمال من حيث المعنى، والثانية كفالة بالمال حقيقة، فكانت الثانية مؤكدة للأولى من حيث المعنى، والمؤكد للشيء حكمه حكم ذلك الشيء، ثم الكفالة بالنفس جائزة، فكذا ما يكون تأكيداً لها يجوز، ثم إذا لم يواف به غداً يصير كفيلاً بالمائة، وتبقى الكفالة بالنفس على حالها، فإن أدى الكفيل المائة بعد ذلك إلى الطالب، لا يبرأ عن الكفالة بالنفس؛ لأن الكفالة بالنفس حصلت مطلقة لا بالمال الذي أدى، ومن الجائز أنه كفل بنفسه بسبب هذا المال، فيبرأ إذا أدى، ومن الجائز[1] أنه كفل بنفسه بسبب مال آخر، فلا يبرأ إذا أدى هذا المال، فلا يبرأ عن الكفالة بالنفس بالشك.

١٦٤٠٧- المسألة الثانية: إذا شرط في الكفالة بالنفس: إني إن لم أوافك به غداً، فعلي ما لك عليه من المال، ولم يسم مقدار المال، صحت الكفالة الثانية أيضاً، لا

(١) وفي الأصل: ومن الجائز أنه كفل بنفسه بسبب مال آخر، فقال: يبرأ إذا أدى هذا المال، ومن يجب فيبرأ بأداء هذا المال، فلا يبرأ عن الكفالة بالنفس بالشك.

الكفالة المرسلة بالمال المجهول جائزة، فكذا المعلقة. فإذا لم يواف به غداً، إن توافقوا على مقدار من المال، أو قامت البينة بذلك، لزم الكفيل ذلك. وإن اختلفوا في مقدار ما على المكفول بنفسه من المال، فالقول قول الكفيل لإنكاره الزيادة.

١٦٤٠٨ - المسألة الثالثة: إذا شرط في الكفالة بالنفس: إن لم أوافك به غداً، فعلي مائة درهم، ولم يقل: فعلي المائة التي عليه، فلم يواف به غداً، ينظر إن أقر الكفيل أن له عليه مائة درهم، وقد كفل عنه بذلك يصير الكفيل كفيلاً، وهذا ظاهر، وإن قال الكفيل: لم يكن للطالب عليه شيء، وكان هذا مني إقراراً للطالب بمائة درهم، وقال الطالب: كان لي عليه مائة درهم، وقد كفلت لي عنه بذلك معلقاً بعدم الموافاة، فالقياس أن لا يلزم الكفيل شيء، ويكون القول قول الكفيل، وبه أخذ محمد وهو قول أبي يوسف الأول، وفي الاستحسان: لزم الكفيل المال، وهو قول أبي حنيفة وأبي يوسف الآخر، والوجه في ذلك أن الكفالة بالمال إن لم تثبت نصاً ثبتت عرفاً؛ لأن الكفيل علق وجوب المال بعدم موافاة المكفول به غداً، وفي العرف والعادة إنما يعلق بعدم الموافاة بالمكفول به الكفالة بالمال لا الإقرار بالمال، والثابت عرفاً والثابت نصاً سواء، ولو نص الكفيل على الكفالة، وقال: إن لم أوافك به غداً، فأنا كفيل بمائة درهم، لا شك أنه يكون جائزاً، ويلزمه مائة درهم متى لم يواف به غداً، كذا ههنا.

١٦٤٠٩ - المسألة الرابعة: إذا قال: إن لم أوافك به غداً، فعلي المائة الدرهم التي لك عليه، والطالب يدعي عليه مائة دينار، لا مائة درهم، فلم يواف به، لا يلزم المال بلا خلاف؛ لأن الكفيل نص على أنه كفل عنه بمائة درهم لما قال: فعلي المائة الدرهم التي لك عليه، إلا أن الطالب كذبه في ذلك، فقال لي: مائة دينار لا مائة درهم، فقد حصلت الكفالة بدين غير واجب.

١٦٤١٠ - المسألة الخامسة: إذا قال: إن لم أوافك به غداً، فالمائة الدرهم التي لك على فلان آخر علي، فالكفالة الثانية جائزة بالاتفاق، إن كان ذلك الرجل شريك المكفول بنفسه في الدين، بأن كان الدين وجب عليهما بسبب واحد، وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه، وإن كان ذلك الرجل أجنبياً عن المكفول بنفسه، فالكفالة الثانية جائزة في قول أبي حنيفة وأبي يوسف حتى لو لم يواف به غداً لزمه المال، وعلى قول محمد:

الكفالة الثانية باطلة ؛ لأنها علقت بخطر لا تعامل الناس فيه ، لأن التعامل فيه في تعليق الكفالة بالمال حال عدم الموافاة بالنفس إذا اتحد الطالب والمطلوب ، فأما لا تعامل إذا اختلف المطلوب ، كما لا تعامل إذا اختلف الطالب والمطلوب ، أو اختلف الطالب واتحد المطلوب ، ولا يلزم إذا قال : إن لم أوفك به غداً ، فالمال الذي لك عليه على فلان آخر ، وفلان حاضر ، فقبل فإنه يجوز ؛ لأن هناك اتحد الطالب والمطلوب ، ولأبي حنيفة وأبي يوسف : أن الكفالة بالمال حصلت معلقة بخطر للناس فيه تعامل ؛ لأن التعامل حال اتحاد الطالب والمطلوب ، والكفيل إنما جرى لمنفعة تعود إلى الطالب لا لمنفعة تعود إلى الكفيل وإلى المطلوب ، فإنه لا منفعة للمطلوب في هذا الخطر ؛ لأن المطالبة لا يتأخر عن المطلوب بهذا الخطر ، وكذا لا منفعة للكفيل في هذا الخطر ، بل له فيه ضرر ، فإنه يصير فيه كفيلا بالمال أيضًا ، أما للطالب فيه منفعة فإنه يحصل له بهذا الخطر زيادة وثيقة أخرى ، فعلم أن التعامل في تلك الصورة لمنفعة تعود إلى الطالب . وهذه المنفعة حاصلة للطالب ، وإن اختلف المطلوب ، بخلاف ما إذا اختلف الطالب ؛ لأن هناك لا منفعة حاصلة للطالب الأول في هذا ، والتعامل فيما يعود إلى الطالب الأول .

١٦٤١١ - المسألة السادسة : إذا قال : إن لم أوافك به غداً ، فالمال الذي لفلان آخر على فلان آخر ، لا تصح الكفالة الثانية بلا خلاف .

١٦٤١٢ - المسألة السابعة : إذا قال : إن لم أوافك به غداً ، فالمال الذي لفلان آخر على هذا المكفول به علي ، لا تصح الكفالة الثانية أيضًا بلا خلاف ، هكذا ذكر شيخ الإسلام ، وقيل : المسألتان على الخلاف أيضًا .

١٦٤١٣ - المسألة الثامنة : إذا قال : إن لم أوافك به غداً ، فعلي مائة درهم سوى المائة التي لك عليه ، فلم يواف به غداً ، فهذه المسألة لا تتأتى على قول محمد ، وربما يتأتى على قولهما ، وقد اختلف المشايخ فيها على قولهما ، قال بعضهم : لا يصير كفيلا عن غريم آخر ، ولا يلزمه المال أصلا ، وقال بعضهم : يصير كفيلا عن غريم آخر .

واختلاف المشايخ في هذه المسألة راجع إلى اختلافهم في المسألة المختلفة التي تقدم ذكرها أن الكفيل إذا قال : إن لم أوافك به غداً ، فعلي مائة درهم ، فلم يواف به غداً ، ثم قال الكفيل للطالب : لم يكن لك على المكفول به شيء ، وكان هذا إقرار من

ذلك بألف درهم، فعلى قول أبي حنيفة وأبي يوسف: يصير كفيلاً بالمال، وإذا صار كفيلاً بالمال على قولهما، يصير كفيلاً عن هذا المطلوب، أو عن مطلوب آخر، ففيه اختلاف المشايخ، منهم من قال: البيان إليه؛ لأنه كفل عن مجهول، فإنه كما تجوز الكفالة عن هذا المطلوب تجوز عن مطلوب آخر إذا ادعى الطالب عليه، ولم يبين أنه كفل عمن، فكان المكفول عنه مجهولاً، فكان للكفيل البيان، فعلى قول هذا القائل: يصير كفيلاً عما عن غريم آخر إذا ادعى الطالب ذلك؛ لأنه نفى الكفالة عن هذا المطلوب بقوله: سوى المائة التي لك عليه، فيعلم ضرورة أنه أراد به مطلوباً آخر، فينصرف إلى مطلوب آخر، ويكون البيان إلى الكفيل.

ومنهم من قال: في مسألة الخلاف يصير كفيلاً عن هذا المطلوب إلا أنهم يختلفون فيما بينهم في علة ذلك، فإن بعضهم قالوا: الكفالة عن المجهول لا تجوز، والكفالة عن المعلوم جائزة، وقد ثبت أصل الكفالة بحكم الإقرار على ما مر، فيثبت كفالة جائزة، وإنما تجوز إذا صرفناها إلى هذا المطلوب لا إلى مطلوب آخر حتى لا يكون المكفول عنه مجهولاً، فعلى قول هذا القائل: إذا قال: فعلي مائة سوى المائة التي لك عليه، لا تصح الكفالة بالمال عندهم جميعاً؛ لأن مطلوباً آخر مجهول، وقد نفى كفالة هذا المطلوب، ومنهم من قال: الكفالة عن المجهول جائزة، وإنما انصرفت الكفالة إلى هذا المطلوب في تلك المسألة بحكم دلالة الحال؛ لأن الظاهر من حال الكفيل أنه إذا لم يعين مطلوباً يريد به هذا المطلوب، ففي مسألتنا نفى الكفالة، وقد نفى الكفالة عن هذا المطلوب بقوله: سوى الألف التي لك عليه، علمنا أنه أراد به مطلوباً، فصرفناه إلى مطلوب آخر، ويكون للكفيل البيان.

١٦٤١٤ - المسألة التاسعة: إذا قال: إن لم أوافك به متى دعوتني به، فعلي الألف التي عليه، ثم إن الطالب دعاه به، فدفعه إليه مكانه، فهو بريء من المال، قال شمس الأئمة السرخسي: معنى قوله دفعه إليه مكانه سلمه إليه في المجلس الذي دعاه به. وقال شيخ الإسلام معناه: أنه كما دعاه به اشتغل بإحضاره، وتهيأ من أسباب تسليمه حتى دفعه إليه.

١٦٤١٥ - المسألة العاشرة: إذا قال: إن لم أوافك به غداً، فأنا كفيل بنفس فلان،

سمى رجلاً الطالب عليه حق، فالكفالة الثانية جائزة حتى إنه إذا لم يواف به غداً، يصير كفيلاً بنفس الثاني، ذكر المسألة في «الأصل» من غير خلاف. قال مشايخنا: ينبغي أن تكون في المسألة خلاف على قول محمد، لا تصح الكفالة الثانية استدلالاً بالمسألة المختلفة التي تقدم ذكرها، وهي ما إذا قال: إن لم أواف به غداً، فالمال الذي له على فلان آخر علي؛ لأن في المسألتين جميعاً، الكفالة الثانية معلقة بالخطر، والطالب متحد، والمكفول به مختلف.

١٦٤١٦ - وإذا كفل بنفس فلان على أنه إن لم يواف به غداً، فالمال الذي عليه للطالب عليه، فمات المكفول به قبل مضي الغد، ثم مضى الغد، يصير كفيلاً بالمال، وفيه إشكالان:

أحدهما: أن شرط الكفالة بالمال عدم الموافاة به غداً بشرط بقاء الكفالة بالنفس. ألا ترى أنه لو أبرأ الطالب الكفيل عن الكفالة بالنفس قبل مضي الغد، فلم يواف به حتى مضى الغد، لا يصير كفيلاً بالمال؛ لأن الكفالة بالنفس انعقدت للإيفاء، وههنا قد انفسخت الكفالة بالنفس بموت المكفول به.

والثاني: أن شرط الكفالة بالمال عدم موافاة يقدر عليها؛ لأن حالة التعليق كان قادراً على الموافاة به، فتتعلق الكفالة بالمال بعدم الموافاة الثابتة حالة التعليق لانعدام الموافاة المطلقة هذا كما قال أبو حنيفة ومحمد فيمن قال: إن لم أشرب الماء الذي في هذا الكوز اليوم، فعبدي حر، وفي الكوز ماء فأريق الماء قبل مضي اليوم، لا يعتق عبده؛ لأن العتق معلق بعدم الشرب القائم وقت التعليق، وهو عدم الشرب المقدور عليه، وههنا يجب أن يكون كذلك.

والجواب: أما الأول قلنا: بموت المكفول به لا ينفسخ الكفالة بالنفس في حق ثبوت الكفالة بالمال عند عدم الموافاة بالنفس، وإن اعتبرت منفسخة في حق وجوب تسليم النفس، وهذا لأن الموت غير موضوع لفسخ الكفالة، وإنما انفسخت في حق وجوب تسليم النفس ضرورة أنه عجز عن تسليم النفس بحق عليه بحكم الكفالة، وهو تسليم يتمكن الطالب من الخصومة معه، وهو التسليم حالة الحياة، ولا ضرورة إلى أن تعتبر منفسخة في حق الكفالة بالمال متى عدمت الموافاة في الغد؛ لأن عدم الموافاة مع

يوافي به ما بينه وبين شهر وإلا فالمال علي لازم، فهذا صحيح لو وافاه به فيما بينه وبين شهر، فهو بريء عن الكفالة، وعن ضمان المال، وليس للمكفول له أن يأخذ الكفيل بالمال، ولا بالرجل إلى أن يمضي الشهر، فإذا مضى الشهر قبل أن يوافيه، فعليه المال. وإن مات الذي كفل بنفسه في الشهر قبل أن يوافي به الكفيل، فإن ذلك لا يخرج الكفيل من الضمان، وليس للمكفول له أن يأخذ الكفيل بالمال حتى يمضي الشهر، فإذا مضى الشهر الآن يؤاخذ(١) به؛ لأنه لم يوافه بالرجل كما كفل به.

١٦٤٢٤ - وفي المنتقى: إذا كفل الكفيل بالرجل إن لم يوافه به غداً مجلس القاضي، أو قال: إلى مجلس القاضي فأنا ضامن لما لك عليه، فعليه أن يوافي به، ويدفعه إليه، وإن لم يدفعه إليه فهو ضامن للمال، ولم يذكر ما إذا قال: إن لم آت به، ولم يقل: إن لم أدفعه، وعلى قياس ما ذكرنا قبل هذا في قوله: إن لم أوافك به يجب أن لا يشترط الدفع، بل يكتفي بالإتيان به في مجلس القاضي.

١٦٤٢٥ - إذا قال للطالب: إن كان فلان عاجزاً عن أداء ما لك عليه من المال فأنا كفيل به، أو قال: فأنا ضامن بمالك عليه، فقد قيل: إنما يظهر عجزه إذا طالبه بالأداء ولم يقدر عليه، وقيل: إنما يظهر عجزه بالحبس مدة يعلم أنه لو كان قادراً على الأداء لا يحتمل مرارة الحبس تلك المدة.

١٦٤٢٦ - وفي نوادر ابن سماعة: إذا قال لغيره: إن لم يعطك فلان مالك عليه فأنا به ضامن، قال: فإنما يلزمه المال إذا تقاضاه، فقال: لا أعطيك، وقد مر هذا، ولو في رواية ابن سماعة قال: أو يموت المطلوب قبل أن يتقاضاه، وعلى هذا إذا قال: إن لم يدفع فلان مالك عليه، فهو لك علي، إن لم يقضك فلان مالك عليه، فهو عليه، ثم إن الطالب تقاضى المطلوب ماله عليه، فقال: لا أدفعه إليك، لا أقضيك، أو قال: لا شيء لك علي، فالمال في تلك الساعة على الكفيل، وللطالب أن يخاصم الكفيل في سبب المال على الذي عليه الأصل إن جحده، وإن لم يجحده، ولو تقاضاه فقال: أنا أقضيك، فإن أعطاه مكانه، أو ذهب به إلى السوق، فأعطاه أو ذهب به إلى منزله، فأعطاه فهو جائز. ولا يلزم الكفيل إذا جاء من ذلك الذي عليه الأصيل أمر متعارف يشبه

(١) وفي الأصل: فإذا مضى الشهر له أن يؤاخذ به... إلخ

غداً، أو نحوه، وإن طال ذلك، ولم يعطه من يومه، لزم المال الكفيل، ولو قال له: إن تقاضيت فلاناً مالك عليه، فلم يعطه، فأنا ضامن، فمات المطلوب قبل أن يعطيه، بطل الضمان.

١٦٤٢٧ - وإذا ادعى رجل على آخر مائة، ولم يدع المائة الدينار، بل ادعاها المائة مطلقة، أو ادعى مالاً مطلقاً أو حقاً مطلقاً، أو ادعى دنانير مطلقة، ولم يبين قدرها، فقال رجل: دعه وأنا كفيل بنفسه، فإن لم أوافك به غداً، فعلي مائة دينار، ورضي به الطالب، فلم يواف به غداً، فعليه مائة دينار في الوجهين عند أبي يوسف إذا ادعى صاحب الحق المائة الدينار، وهو قول أبي حنيفة.

وقال محمد: إذا ادعاها ولم يسمها حتى كفل له بمائة دينار، ثم ادعى بعد ذلك لا يلتفت إلى دعواه، لمحمد في المسألة طريقان: أحدهما: ما اختاره مشايخ سمرقند أن الكفيل التزم المائة الدينار معلقاً بعدم الموافاة من غير نسبة إلى ما عليه، والتزام المال من غير نسبة إلى ما على المطلوب في معنى الرشوة، والرشوة حرام، وهذا الطريق يشير إلى أنه وإن كان المال مقدراً مبيناً في الدعوى أنه لا يصح الالتزام إذا لم يقل: الكفيل المائة الدينار التي لك عليه.

الثاني: ما اختاره أبو الحسن الكرخي أن الكفالة بالنفس وقعت باطلة إذا لم يدع شيئاً معلوماً؛ لأنه لم يستوجب الإحضار إلى مجلس الحكم، فلا تصح الكفالة بالمال؛ لأنها بناء على الكفالة بالنفس، وهذا الطريق يشير إلى أنه متى ادعى مالاً معلوماً أنه تصح الكفالة بالمال؛ لأنه تصح الكفالة بالنفس، وهما قالا: تصرف العاقل يحمل على وجه الصحة ما أمكن، وقد أمكن هنا، أما إذا كان المال مقدراً في الدعوى فلأن الكفالة بالنفس قد صحت، والكفالة بالمال بناء عليها، والبناء عليها دليل على تقييد الكفالة بالمال المدعى، هذا هو المتعارف فيما بين الناس أن الكفيل بينهم بما كفل به، ويريد به ما تناوله الدعوى.

وأما إذا لم يكن المال مقدراً في الدعوى فلأن الدعوى قد صحت، وإن كان المال مجملاً، وهذا متعارف بين الناس أن المدعي يجمل المدعى، ولا يبين إلا عند القاضي صيانة لكلامه إلى وقت الحاجة، فصحت الدعوى والملازمة على احتمال البيان من

جهته، فإذا بين ذلك يصرف بيانه إلى ابتداء الدعوى، فيظهر به صحة الكفالة بالنفس، وإذا صحت الكفالة بالنفس صحت الكفالة بالمال؛ لأنها بناء عليها.

١٦٤٢٨ - وإذا كفل رجل بنفس رجل على أنه إن لم يواف به غداً، فعليه ما يقر به المطلوب للطالب، فالكفالة الثانية جائزة، حتى إن الكفيل إن لم يواف به غداً، وأقر المطلوب بعد ذلك بشيء، أخذ الكفيل به، أقر الكفيل بذلك، أو جحد.

فرق بين هذا وبينما إذا قال: إن لم يواف به غداً، فعلي ما يدعي الطالب عليه، فلم يواف به غداً، وادعى الطالب ألف درهم، أقر المطلوب بذلك، أو جحد أنه لا يلزم الكفيل شيئاً إذا أنكر الكفيل ذلك إلا أن يقيم الطالب البينة على ذلك، أو ينكل الكفيل.

والفرق: أن الكفالة في مسألة الإقرار مضافة إلى سبب الوجوب من كل وجه، وهو إقرار المطلوب في المستقبل، فالإقرار سبب الوجوب من كل وجه في حق الطالب والمطلوب جميعاً، وإضافة الكفالة إلى ما هو سبب الوجوب من كل وجه جائز على ما يجيء بعد هذا إن شاء الله تعالى. فأما في مسألة الدعوى فالكفالة ما أضيفت إلى ما هو سبب الوجوب من كل وجه، فإن الدعوى في المستقبل سبب الوجوب في حق المدعي دون المدعى عليه، فإن الحق واجب في زعم المدعي دون المدعى عليه، وإضافة الكفالة إلى المستقبل عرف جوازها، بخلاف القياس إذا أضيف إلى ما هو سبب الوجوب من كل وجه، فعند إضافتها إلى ما هو سبب الوجوب من وجه يرد إلى ما يقتضيه القياس، وإذا كانت هذه الكفالة باطلة إذا أضيفت إلى مجرد الدعوى في المستقبل الذي هو سبب الوجوب من وجه يجعل مضافة إلى دعوى يثبته الطالب ببينة أو بنكول الكفيل حتى تصير مضافة إلى ما هو سبب الوجوب من كل وجه لا يلغو هذه الكفالة، ويصير تقدير هذه الكفالة، كأن الكفيل قال: أنا كفيل لك بما تدعي إن ثبت دعواك بما هو حجة في حقي، ولو صرح بهذا لو أنكر الكفيل ما ادعاه لا يلزمه شيء ما لم يقم المدعي البينة، أو ينكل الكفيل، كذا هنا.

وفرق بين مسألة الدعوى هذه وبين ما إذا ادعى على آخر ألف درهم، وأنكر المطلوب ذلك، فقال رجل: أنا كفيل بنفسه على أني إن لم أوافك به غداً، فعلي ما ادعيت عليه من الألف الدرهم، فالكفالة جائزة، ويلزم الكفيل ما ادعاه الطالب. جوز

الكفالة مضافة إلى الدعوى المجرد متى أضافها إلى دعوى موجود ، سبق من المدعي ، ولم يجوزها مضافًا إلى الدعوى المجرد متى أضافها إلى دعوى يوجد في المستقبل .

والفرق وهو أن الدعوى إن كان موجودًا ، فهو سبب الوجوب في حق المدعي إن لم يكن سبب الوجوب في حق المدعى عليه ، وكانت الكفالة مضافة إلى ما هو واجب للحال من وجه ، وصحة الكفالة بما هو واجب في الحال من كل وجه على موافقة القياس ، فيمكن تصحيحها مضافة إلى ما هو واجب من وجه قياسًا على الواجب من كل وجه ، أما الكفالة المضافة إلى ما هو سبب الوجوب في المستقبل من كل وجه على مخالفة القياس بالتعامل ، فلا يمكننا أن نقيس عليه ما هو مضاف إلى ما هو سبب الوجوب من وجه دون وجه ، فيرد هذا إلى ما يقتضيه القياس .

١٦٤٢٩ - وإذا قال الرجل : إن مات فلان قبل أن يعطيك الألف التي لك عليه ، فأنا كفيل بها ، أو كانت الألف إلى أجل ، فقال : إن حلت ولم يعطك ، فأنا كفيل بها ، فذلك جائز ، فإن ادعى الكفيل بعد موت المطلوب ، أو بعد مضي المدة أن المطلوب أعطاك المال ، ولم أصر كفيلا ، وقال الطالب : لم يعطني وصرت كفيلا ، فالقول قول الطالب مع يمينه ، هكذا ذكر محمد المسألة في "الأصل" ، قال القاضي الإمام أبو جعفر : ما ذكر محمد استحسان ، والقياس أن يكون القول قول الكفيل .

وجه القياس : أن الكفيل إن كان مدعي الإعطاء صورة ، فهو منكر معنى ؛ لأن بدعوى الإعطاء ينكر ثبوت الكفالة ، والعبرة في باب الدعاوي والإنكار للمعنى ، ألا ترى أن من قال لعبده : إن لم أدخل الدار اليوم ، فأنت حر ، فمضى اليوم ، فقال العبد : لم تدخل وعتقت ، وقال المولى دخلت ، ولم يعتق العبد ، فالقول قول المولى لأنه يدعي الدخول بنكر ثبوت العتق ، فكان منكرًا معنى ، وإن كان مدعيًا صورة ، كذا ههنا .

وجه الاستحسان : أن الاختلاف من حيث الصورة وقع في وجود شرط الكفالة ، وهو عدم الإعطاء ، وأمكن اعتبار المنازعة في عين ما وقع فيه الاختلاف صورة ، فلا يلتفت إلى المعنى ، بيانه : أن المنازعة وقعت في إيفاء الدين ، والمنازعة في إيفاء الدين معتبرة في الجملة ، ويكون القول قول من ينكر الإيفاء ، كما لو لم يكن بالمال كفيل ، ووقع الاختلاف بين رب الدين وبين المديون في الإيفاء ، كان القول قول الطالب مع

الفصل الثامن

في الكفالة بالمال على أن يعطيه من وجه كذا

١٦٤٣٠ - قال محمد: إذا كان لرجل على رجل ألف درهم، وكفل بها رجل على أن يعطيها إياه من وديعة المطلوب عنده، فالضمان جائز حتى يجبر المودع على إيفاء الدين من الوديعة كما كان يجبر على الإيفاء لو كفل بالمال مطلقًا، قالوا: وهذا استحسان، والقياس أن لا يجوز الضمان، وبالقياس أخذ زفر، ووجه القياس أنه تعذر تصحيح هذا الضمان؛ لأنه لو صح تصير الوديعة مضمونة الرد على المودع بالشرط، فإنه بهذا الضمان التزم ردها على غريم المودع، والوديعة لا تصير مضمونة الرد بحال.

وجه الاستحسان: أنه ضمن تسليم عين ما هو قادر على تسليمه، فيصح كما لو ضمن الأداء من مال نفسه، وما يقول: بأنه لو صح الضمان، تصير الوديعة مضمونة الرد بالشرط، قلنا: الوديعة لا تصير مضمونة الرد بالشرط مقصودًا إنما تصير مضمونة الرد حكمًا للعارية، فإن صاحب المال لو أعار الوديعة من المودع، صار مضمونة الرد عليه، وإذا أمره صاحب الوديعة أن يقضي ما ضمن من الوديعة، فقد أعار الوديعة منه معنى؛ لأن الكفيل فيما يؤدي يقضي عن نفسه، فيصير في معنى المنتفع بالوديعة كالمستعير للوديعة، والوديعة إنما تصير مضمونة الرد بالإعارة، فإن هلكت الوديعة، فلا ضمان على الكفيل؛ لأن الوديعة بهذا الضمان صارت مضمونة الرد على المودع لا مضمونة العين، وكذلك لو أن صاحب الوديعة طلب من المودع أن يضمن الوديعة حتى يدفعها إلى فلان قضاء بدينه ففعل، كان جائزًا، وهذه المسألة والمسألة الأولى سواء إلا أن الكفالة في المسألة الأولى ثابتة نصًا، فإن موضوع المسألة الأولى أن المودع كفل بالألف، والكفالة في هذه المسألة ثابتة اقتضاء، فإنه ضمن دينه من الوديعة، وضمان قضاء الدين عن الغير كفالة.

ولو ضمن له ألف درهم على أن يعطيها إياه من ثمن هذه الدار، فلم يبع الدار لم يكن على الكفيل ضمان؛ لأنه إنما ضمن الألف على أن يقضيها من ثمن هذه الدار، فما

لم يصل إليه ثمن الدار بالبيع ، لا يلزمه شيء ، ولا يجبر الكفيل على بيع الدار ، وكان يجب أن يجبر ؛ لأنه ضمن قضاء ما كفل به من ثمن الدار ، وقد صح الضمان وهو لا يقدر على ذلك إلا بالبيع ، فيلزمه البيع

قلنا : إنما يلزمه البيع إذا لزمه الأداء قبل البيع ، ولا يلزمه الأداء قبل البيع ؛ لأن الكفالة مضافة إلى ثمن الدار ، ولا يوجد ثمن الدار إلا بالبيع ، فيصير كالكفالة المضافة إلى وقت في المستقبل ، وهو ما بعد بيع الدار ، والكفالة إلى وقت لا يعمل قبل وجود الوقت .

وفي المنتقى : ولو أن هذا الضامن رد دراهم الوديعة على صاحبها ، أو أخذها صاحبها منه ، فالمال على الضامن ، ولو كان ضمن على أن يعطيها من ثمن عبد هو وديعة عنده للمطلوب ، فرد الضامن العبد على المطلوب ، أو أخذه المطلوب منه ، فلا ضمان عليه ، ولا يشبه هذا وديعة الدراهم وأشار إلى الفرق ، فقال : لأنه يجبر على أن يعطيه من ذلك المال ، وذكر شيخ الإسلام في شرح مسألة دراهم الوديعة ، وذكر أنه ليس لصاحب الوديعة أن يأخذ الدراهم من الكفيل لصيرورتها مشغولة بحق الطالب ، ثم قال : وإن اغتصبها رب الوديعة أو غيره ، أو استهلكها ، برئ الكفيل ، وأنه يخالف رواية المنتقى .

ولو ضمنها على أن يقبضها من ثمن هذه الدار ، فبيع الدار بعبد ، لم يلزمه المال ، ولم يجبر على بيع العبد في الضمان ، فإن باع العبد بعد ذلك بدراهم ، جعلت عليه أن يقضيه من تلك الدراهم استحسن ذلك .

وفيه أيضاً : ضمن عن رجل مالاً على أن يعطيه من ثمن هذا العبد ، والعبد للكفيل ، فمات العبد قبل أن يبيعه بطل الضمان عن الكفيل ، وإن باع العبد بمائة درهم ، وهي قيمته ، والدين ألف لم يلزمه من الضمان إلا بقدر قيمة العبد . وقال أبو يوسف : إن ضمن على أن يعطيه من مال المكفول له ، أو على أن يعطيه من ثمن هذا العبد ، وليس العبد له ، فالضمان باطل ، وإن ضمن على أن يعطيه من ثمن عبده ، ولا عبد له ، فالضمان لازم من قبل أنه اشترط أن يعطيه ذلك من شيء مجهول ، وليس هذا كالشيء بعينه ، ألا ترى أنه لو قال : من مالي ، ولا مال له ، لزمه الضمان

١٦٤٣١ - رجل ضمن لرجل مائة درهم على أن يعطيه نصفها ههنا، ونصفها بالري، ولم يوقت، فله أن يأخذه حيث شاء، وإن كان المضمون شيئا له حمل ومؤنة يأخذه حيث ما شرط.

١٦٤٣٢ - وإذا قال لغيره: ضمنت لك ألف درهم على أن لا أؤديها إليك، فهو باطل، ولو قال: على أن لا أؤديها إليك حال حياتي، فهو جائز، ويؤخذ المال بعد موته من ميراثه.

١٦٤٣٣ - رجل قال لآخر: ضمنت لك مالك على فلان على أن أحيلك به على فلان، فرضي الطالب، فإن أحاله الضامن على فلان، فهو جائز، وإن أبى فلان أن يقبل الحوالة، فالضامن ضامن على حاله، إن شاء الطالب أخذه، وإن شاء أخذ الذي عليه الأصل. ولو قال: ضمنت لك مالك على فلان على أن أحيلك بها على فلان إلى شهر، فهذا على أن يحيله بها على فلان متى شاء، فيكون على المحتال عليه إلى شهر - والله أعلم بالصواب -.

الفصل التاسع

في الكفالة بما ذاب لك على فلان أو ما أقر لك به فلان أو ما بايعت فلاناً وما يتصل بها

١٦٤٣٤ - قال محمد في «الأصل»: إذا قال الرجل لغيره: ما ذاب لك على فلان، فهو عليّ، ومعناه. وما يذوب لك على فلان، ورضي به الطالب، ثم إن المطلوب أقر بوجوب شيء معين على نفسه بعد ذلك، وأنكر الكفيل ذلك، لزم الكفيل ما أقر به؛ لأن شرط الكفالة قد تحقق؛ لأن من شرط الكفالة وجوب مال على المطلوب لما أقر به، وظهر الوجوب في حق الكفيل بما هو حجة، وهو الإقرار معاينة، فإن المعاينة حجة في حق الناس كافة، ألا ترى أن من قال لغيره: إن وجب لك على فلان ألف درهم فعبدي حر، ثم إن فلاناً أقر للمخاطب بألف درهم، ثبت العتق، وإن أنكر صاحب العبد ذلك، وطريقه ما قلنا، وهذا بخلاف ما لو قال: ما قضى به لك عليه، فهو علي حيث يلزمه ما قضى به على المطلوب بعد الكفالة، ولا يلزمه ما يقر به المطلوب لعدم الشرط؛ لأن الشرط في هذه المسألة القضاء.

ولو قال: ما أقر لك فلان من شيء، فهو لك عليّ، فأقر له فلان بشيء، وأنكر الكفيل ذلك، لزمه، والكلام في هذه المسألة أظهر من الكلام في مسألة أول الفصل؛ لأن ههنا على الكفالة بالإقرار نصاً، إلا أن فرق ما بينهما أن في تلك المسألة إذا وجب المال بأي سبب ما وجب، يلزم الكفيل، وههنا لو وجب المال بسبب آخر، سوى الإقرار من المداينة أو القضاء، لا يلزمه؛ لأن هناك لم يذكر للوجوب سبباً، فبأي سبب وجب على المطلوب، يلزم الكفيل وههنا عيّن السبب، وهو الإقرار، فلا يلزمه شيء بدون الإقرار.

١٦٤٣٥ - ولو قال: ما لك على فلان، فهو عليّ، فقال فلان له على كذا، وأنكر الكفيل ذلك، لا يلزم الكفيل شيء ما لم يثبت ذلك بالبينة، أو ينكر الكفيل أن له عليه كذا وكذا، وكذلك إذا قال: ما أقر به فلان لك أمس، فهو علي، فقال المطلوب: قد

الطالب ذلك بالبينة، فوجب القضاء على الكفيل؛ ويكون ذلك قضاء على الغائب؛ لأنه لا يمكن القضاء على الكفيل إلا بعد قضاء أن المال لازم على الأصيل مقتضى[1] به، فكان الإثبات على الأصيل سبباً لثبوت على الكفيل، فانتصب الكفيل الحاضر خصماً عن الغائب، وفي هذه الكفالة بأمره، والكفالة بغير أمره سواء، إلا أن الكفالة إذا كانت بغير أمره فالكفيل لا يرجع بما يؤدي، وهذا ظاهر.

١٦٤٣٩- قال محمد في الجامع: إذا قال الرجل لغيره: اضمن لفلان عني ثمن ما يبيعني به، أو قال: ما داينني، أو قال: ما أقرضني، ونحو ذلك، وغاب الآمر، فأقام الطالب بينة على مبايعة أو مداينة، أو أقرضه إياه بعد الكفالة، قضى القاضي على الكفيل بذلك؛ لأنه ادعى عليه كفالة؛ لأنه أثبت المال على الأصيل بالصفة التي كفل به الكفيل، فنزل إثبات بالبينة منزلة ثبوته بالمعاينة، ويكون هذا قضاء على الغائب؛ لأنه لا يمكن القضاء على الكفيل بالمال إلا بعد إثبات الوجوب على الأصيل، فكان الإثبات على الأصيل سبباً لثبوته على الكفيل، فانتصب الحاضر عن الغائب، وفي هذه الكفالة بأمره، والكفالة بغير أمره سواء، فإن غاب الطالب، وحضر الأصيل، فادعى الكفيل على الأصيل أن الطالب داينك ألف درهم، وإني ضمنته عنك من الكفالة التي أمرتني بها، وجحد الأصيل ذلك كله، أو أقر بالمداينة وجحد القضاء، فأقام الكفيل عليه البينة بذلك، قضى القاضي بالمال على الأصيل لثبوت الأداء منه بعد المداينة بالبينة العادلة، ويكون ذلك قضاء على الغائب؛ لأنه لا يمكن القضاء على المكفول عنه إلا بعد القضاء بأداء الكفيل على الطالب، فتعدى القضاء إلى الغائب لهذا المعنى.

١٦٤٤٠- ولو كفل بنفسه على أنه ضامن لما قضى به عليه قاضي الكوفة، فقضى بذلك قاضي غير الكوفة، فهو لازم للكفيل، ولو قال: إنه ضامن لما حكم به عليه فلان الحكم، فحكم بذلك حكم آخر، لا يلزم الكفيل، وإذا قال لغيره: ما ذاب لك على فلان، فهو علي، فغاب المطلوب، وادعى الطالب عليه مالاً، وأقام البينة على الكفيل، لا تقبل بينته، ولو أقام البينة على أنه ذاب له على المطلوب كذا بعد الكفالة، أو باع منه كذا بكذا، قبلت، وانتصب الكفيل خصماً عن الغائب في هذه الصورة؛ لأنه في

---

(١) هكذا في ظ وب، وكان في م: "فقضى"، وفي الأصل: "مقضي".

الصورة الأولى ادعى كفالة غير لازمة؛ لأن لزومها معلق بالوجوب في المستقبل؛ لأنه معنى قوله: ما ذاب لك على فلان، فهو علي، وفي الصورة الأولى ما ادعى الوجوب في المستقبل. أما في الصورة الثانية أثبت الوجوب في المستقبل، فكان مدعيًا كفالة لازمة؛ لأن الطالب ادعى عليه حقًا في الحال بسبب ادعائه على الغائب، ولا كذلك الصورة الأولى

الفصل العاشر

في براءة الكفيل بإبراء ومن غير إبراء

وفي تعليق البراءة بالشرط وفي هبة الدين من الكفيل

١٦٤٤١ – قال أصحابنا : الكفالة بالنفس متى صحت ، فالبراءة عنها إنما تكون بأحد الأشياء الثلاثة : إما بتسليم المكفول به إلى الطالب ؛ لأنه أدى ما التزم ، ولا يشترط للبراءة أن يقول : في الكفالة إذا دفعته إليك ، فأنا بريء ، وإما بإبراء المكفول له إياه عنها ؛ لأن تسليم النفس وجب حقاً للمكفول له ، فيسقط بإسقاطه ، وإما بموت المكفول عنه ؛ لأنه بموته يعجز الكفيل عن تسليمه ، والعجز عن التسليم يسقط الوجوب .

١٦٤٤٢ – قال محمد في « الأصل » : رجل له على رجل ألف درهم ، وكفل بها كفيل ، ثم إن الكفيل صالح مع الطالب على مائة درهم ، فهذه المسألة على أربعة أوجه : إما أن شرطا في الصلح براءة الأصيل والكفيل ، أو شرطا براءة الأصيل خاصة ، أو شرطا براءة الكفيل خاصة ، أو لم يشترطا براءة واحد منهما ، بأن قال الكفيل : صالحتك عن الألف على مائة ، ولم يزد[1] على هذا . فإن شرطا في الصلح براءتهما برئا عن تسعمائة ، ورجع الكفيل على الأصيل بمائة ، وإن شرطا براءة الأصيل خاصة ، فكذلك الجواب ؛ لأن براءة الأصيل توجب براءة الكفيل ، وإن شرطا براءة الكفيل خاصة ، لزم الكفيل ، ولا يبرأ الأصيل ؛ لأن براءة الكفيل لا توجب براءة الأصيل ، ويرجع الكفيل على الأصيل بمائة ، وإن لم يشترطا براءة واحد منهما في الصلح برئا جميعاً عن تسعمائة ؛ لأن الصلح مضاف إلى الألف ، والألف في ذمة الأصيل لا في ذمة الكفيل ، بل الواجب على الكفيل بنفس الكفالة مجرد مطالبة على ما مر ، وإذا كان الألف واجبة في ذمة الأصيل دون الكفيل ، والصلح مضاف إلى الألف ، صارت البراءة مشروطة للأصيل ، وبراءة الأصيل توجب براءة الكفيل حتى لو لم يكن الصلح مضافاً إلى الألف ، بأن قال الكفيل للمطلوب : صالحتك على مائة ، ولم يقل : عن الألف ، برئ

---

(١) كذا في الأصل وفي ظ : لم يرد مكان لم يزد .

الكفيل عن الكفالة، وتبقى التسعمائة في ذمة الأصيل.

ذكر محمد في الجامع الصغير في جنس هذه المسألة: لأن الصلح جرى بين الكفيل والطالب، والكفيل مطالب بالألف، وإن لم يكن الألف عليه، فإنما أبرأه عن المطالبة بالألف بشرط أن يؤدي خمسمائة، فيصح وبطلت المطالبة، فأما أصل الحق على المكفول عنه، يبقى واجبًا؛ لأنه لم يوجد الأداء والإبراء.

فإن قيل: إذا كان الصلح مضافًا إلى الألف، ولم يشترط في الصلح براءة واحد منهما، لم لا تجعل الألف واجبًا في ذمة الكفيل مقتضى صحة الصلح مع الكفيل حتى تصير البراءة مشروطة للكفيل، كما لو صالح على خلاف جنس حقه، فإنه يعتبر الألف واجبًا في ذمته مقتضى صحة الصلح، حتى كان له الرجوع بجميع ما كفل على المطلوب.

قلنا: الألف إنما يعتبر واجبًا في ذمة الكفيل وقت حاجتنا إلى تمليك الألف منه، ومتى وقع الصلح على خلاف جنس الحق احتجنا إلى تمليك الألف منه؛ لأن الدنانير تصلح بدلا عن جميع الألف، وفي مسألتنا هذه لا حاجة بنا إلى تمليك الألف من الكفيل حتى يعتبر الدين واجبًا في ذمة الكفيل؛ لأن المائة لا تصلح عوضًا عن الألف، فيكون مبرئًا عن تسعمائة، والإبراء في موضوعه للإسقاط لا للتمليك، فلا يعتبر الألف واجبًا في ذمة الكفيل، فلا تكون البراءة مشروطة للكفيل.

*١٦٤٤٣- ولو كان صالحه على مائة درهم على أن وهب التسعمائة للكفيل، رجع الكفيل على الأصيل بجميع الألف، بخلاف ما إذا صالحه على أن أبرأه عن التسعمائة، فإن هناك الكفيل يرجع على المطلوب بمائة درهم، لا غير. والفرق أنا نعتبر إبراء البعض وهبة البعض بإبراء الكل وهبة الكل، ولو وهب من الكفيل جميع الدين، رجع على المطلوب بجميع ما كفل به، ولو أبرأ الكفيل عن جميع الدين، لا يرجع على المطلوب، فكذا إذا وهب البعض، وأبرأ عن البعض، ثم إنما وقع الفرق بين هبة الكل وبين إبراء الكل؛ لأن الهبة في موضوعها للتمليك، والإبراء في موضوعه للإسقاط، وحال التمليك يعتبر المال واجبًا في ذمة الكفيل حتى لا يؤدي إلى تمليك الدين من غير من عليه الدين، وإذا اعتبر الدين واجبًا في ذمة الكفيل حال هبة الدين منه، يملك ما في ذمته

بالهبة، فيعتبر بما لو ملكه بالأداء، فأما في حالة الإسقاط لا حاجة بنا إلى أن يصير الدين واجبًا في ذمة الكفيل، فلا يملك ما في ذمته بالإبراء، ورجوع الكفيل يتعلق بملك ما في ذمته.

١٦٤٤٤ - ولو وهب الطالب المال من المطلوب، أو أبرأه منه، فمات قبل الرد، فهو بريء، وهذا بناء على أن هبة الدين عن عليه الدين، وإبراءه يتم من غير قبول، ويرتد بالرد، ولم يوجد الرد، وإن لم يمت ورد الهبة، فرده صحيح، والمال على المطلوب، وعلى الكفيل على حاله، وإن رد الإبراء لا يبرأ الأصيل، وهل يبرأ الكفيل، لا ذكر لهذه المسألة في شيء من الكتب، وقد اختلف المشايخ فيه، منهم من قال: لا يبرأ، وهذا القائل سوى بين الهبة وبين الإبراء، وجه ذلك أن الكفيل لو برأ منهما، إنما يبرأ ببراءة الأصيل، وقد انتقضت البراءة في حق الأصيل، فينتقض في حق الكفيل، ومنهم من قال: يبرأ الكفيل، وفرق هذا القائل بين الهبة وبين الإبراء.

والفرق أن هبة الأصيل وإبراءه هبة للكفيل، وإبراء له، ولو كان الكفيل مقصودًا بالهبة، فرد، يصح رده، فكذا يصح رد الأصيل، ولو كان الكفيل مقصودًا بالإبراء، فرد لا يعمل رده، فكذلك لا يعمل رد الأصيل في حقه، وإنما وقع الفرق في حق الكفيل بين الهبة والإبراء؛ لأن إبراء الكفيل إسقاط محض والإسقاط المحض لا يقبل الرد، أما الهبة تمليك، والتمليك يقبل الرد، ولو كان المطلوب ميتًا، فأبرأه الطالب عن الدين، وجعله في حل، فهو جائز؛ لأن البراءة تتم من غير قبول، فإن رد الوارث الإبراء، فعلى قول أبي يوسف: يعمل رده، وعلى قول محمد: لا يعمل.

فوجه قول محمد: إن الإبراء وقع للميت لا للوارث؛ لأن الدين على الميت؛ فلا يعمل رد الوارث، وإن كان الوارث مطالبًا به قياسًا على الكفيل، إذا رد براءة الأصيل، فإنه لا يعمل رده وإن كان مطالبًا به؛ لأن الإبراء وقع للأصيل، ودليله الوكيل بقضاء الدين إذا رد إبراء الموكل، فإنه لا يعمل رده، وإن كان مطالبًا به؛ لأن الإبراء وقع للموكل.

ولأبي يوسف: أن الإبراء بعد موت المورث يقع للوارث معنى؛ لأن الدين سقط عن الميت، وانتقل إلى الوارث في حق أحكام الدنيا حتى يطالب به الوارث، والرد من

أحكام الشبه : فيما يرده ، وكتب في " شرح الجامع " : أن الإبراء ثلاثة أقسام : قسم لا يتوقف على القبول ، ولا يحتمل الرد ، وهو إبراء الكفيل ، وقسم لا يتوقف على القبول ، ولكن يحتمل الرد ، وهو إبراء الأصيل عن سائر الديون سوى دين الصرف ، وقسم يتوقف على القبول ، ويرتد بالرد ، وهو إبراء الأصيل عن دين الصرف .

والفرق بين دين الصرف وبين سائر الديون في حق الأصيل أن بقاء الصرف على الصحة يتعلق بقبض بدل الصرف ، وبالإبراء يفوت قبض بدل الصرف ، فينتقض به الصرف ، فصار الإبراء بحكمه فسخًا ونقضًا لعقد الصرف ، وأحد العاقدين لا ينفرد بفسخ العقد ، فيتوقف على القبول ، كهبة المبيع قبل القبض من البائع يتوقف على القبول لما كانت إقالة ونقضًا ، فأما الإبراء عن سائر الديون فليس فيها معنى الفسخ لعقد ثابت ، ولكن فيها معنى التمليك ؛ لأن الدين ثابت في ذمة الأصيل ، وهو في حكم المال ، فصار الإبراء إسقاطًا للمطالبة ، وتمليكًا للدين ، فاعتبر الإبراء عن سائر الديون إسقاطًا من وجه وتمليكًا من وجه ، فلم يتوقف على القبول من حيث إنه إسقاط ، وارتد بالرد من حيث إنه تمليك .

وقال بعض مشايخنا : رب السلم إذا أبرأ المسلم إليه عن السلم ، يشترط قبول المسلم إليه ؛ لأنه لو صح ، لا ينتقض السلم لفوات القبض المستحق شرعًا ، كما في الصرف ، فيتوقف على القبول .

١٦٤٤٥ - قال محمد في " الأصل " : وإذا قال الطالب للكفيل : برئت إلي من المال الذي كفلت به عن فلان ، كان هذا إقرارًا من الطالب بقبض المال من الكفيل حتى يرجع الكفيل بالمال على الذي عليه الأصل ، ولا يرجع الطالب على الذي عليه الأصل بشيء ؛ لأنه أضاف البراءة إلى نفسه وإلى الكفيل ، والبراءة التي تقع بفعل الكفيل البراءة بالقبض ؛ لأن الكفيل يوفي المال ، والطالب يستوفي ، فصار قوله : برئت إلي ، وقوله : قبضت سواء ، وهذا بخلاف ما لو قال للكفيل : أبرأتك ، فإنه لا يكون هذا منه إقرارًا بالقبض من الكفيل حتى كان للطالب أن يطالب الأصيل بالمال ؛ لأن الطالب في هذه الصورة أضاف البراءة إلى نفسه على الخصوص ، والبراءة التي يختص بها الطالب البراءة بالإبراء ، لا البراءة بالإيفاء ؛ لأن غاية ما تصور أن ينفرد الطالب بجنس حقه من مال

الكفيل، فيأخذ مع هذا لا يكون منفرداً بالبراءة، بل تكون البراءة فيه وبمال الكفيل.

٢٦٤٦ - وإذا قال للكفيل (١): برئت، ولم يقل إليّ، قال أبو يوسف: يكون إقراراً بالقبض بمنزلة قوله: برئت إليّ. وقال محمد: لا يكون إقراراً بالقبض بمنزلة أبرأتك. وجه قول محمد: إن قوله: برئت يحتمل وجهين أحدهما الأداء إلى الطالب، يحتمل برئت لأنك أديت المال، ويحتمل برئت لأني أبرأتك، فحملناه على البراءة بالإبراء؛ لأنه أقل، فإن براءة الكفيل بالإبراء لا يثبت له الرجوع على المطلوب، بخلاف البراءة بالإيفاء. ولأبي يوسف أن قوله: برئت يقتضي وجود الفعل من المخاطب على الخصوص كقوله: أجلت، قبضت، عتقت. والبراءة التي تكون من الكفيل على الخصوص البراءة بالإيفاء، فإنه يضع المال بين يدي الطالب، ويخلي بينه وبين المال، فتقع له البراءة، وإن لم يوجد من الطالب صُنع، وأما البراءة بالإبراء لا يكون من الكفيل أصلاً فضلاً أن يكون بفعله على الخصوص.

٢٦٤٧ - وقال أبو حنيفة: لو كتب الطالب صكاً للكفيل، وكتب فيه: برئ الكفيل من الدراهم التي كفل بها، فإنه يكون إقراراً بقبض المال. قالوا: وهذا على قولهم جميعاً، وهذا الجواب لا يشكل على قول أبي يوسف، فإنه يجعل قول الطالب للكفيل: برئت إقراراً، فكذا كتابة الصك على هذا الوجه، إنما يشكل على قولهما؛ لأنهما لا يجعلان قول الطالب للكفيل: برئت إقراراً بالقبض، وجعلا كتابة الصك برئ الكفيل إقراراً بالقبض.

والفرق لهما بين الكتابة وبين القول العرف؛ لأن العرف فيما بين الناس أن الصك إنما يكتب على الطالب إذا كانت البراءة بالإيفاء، أما إذا كانت البراءة بالإبراء فلا يكتب عليه الصك، ومثل هذا العرف لم يوجد في حالة الإقرار، فبهذا وقع الفرق.

٢٦٤٨ - وإذا كفل الرجل عن رجل بمال، وشرط في الكفالة أنه إن وافى بنفس المكفول به غداً أنه بريء من المال الذي كفل به، فهذا جائز، فقد جوز تعليق البراءة عن الكفالة بالمال؛ لأن إبراء الكفيل إسقاط محض، وتعليق الإسقاط المحض بالشروط صحيح، ولأن تعليق البراءة عن الكفالة بالمال بتسليم المكفول عنه متعارف، وكذلك لو

---

(١) هكذا في خ وصف، وفي الأصل: [illegible] الكفيل.

شرط أن المكفول لو وافاه بنفسه، أو رجل آخر، فأنا بريء من المال، فذلك جائز أيضاً، هكذا ذكر المسألة في "الأصل".

١٦٤٤٩ - وفي "المنتقى" ابن سماعة عن محمد: إذا وكّل رجلاً أن يشتري له عبداً بألف درهم، ولم يدفع إليه شيئاً، فاشتراه، ثم جاء رجل، وقال للبائع: قد ضمنت لك عن المشتري الألف التي لك عليه، فإذا دفعها الموكل إلى المشتري، فأنا بريء منها، فالضمان جائز، والبراءة باطلة من قبل أنه ليس بين البائع وبين الموكل عمل في هذه الألف، وذكر عيسى في نوادره هذه المسألة عن محمد، وذكر في الجواب: فأنا منه بريء، إلا أنه كان في رواية عيسى، وكان الموكل رجلاً للمشتري عليه ألف درهم غير هذه، فإنما وقع الاختلاف في الجواب لهذا، ألا ترى أن من قال لغيره: قد ضمنت لك عن فلان ألف درهم، فإذا قدم فلان لرجل آخر ليس من هذا الألف في شيء، فأنا منها بريء، كان الضمان جائزاً، والبراءة باطلة، ولو قال: فإذا قدم فلان الغريم، فأنا بريء منها، جازت البراءة إذا قدم فلان، وكذلك إن كان للقادم من هذه الألف نصيب.

١٦٤٥٠ - وروى هشام عن أبي يوسف: إذا زوّج الرجل ابنه امرأة وضمن لها المهر على أنه إن مات ابنه، أو امرأة ابنه التي ضمن لها قبل أن يبني[١] بها الابن، فهو بريء عن الضمان، فالضمان لازم، والشرط باطل.

١٦٤٥١ - وذكر إبراهيم عن محمد: إذا قال لغريمه: إذا جاء غد، فأنت بريء من المال، لا يبرأ، ولو كان أصيلاً كان عليه من كفالة، يبرأ، وكذا إذا قال: إذا قدم فلان، فأنت بريء منه، وقال أيضاً: إذا كان شرط الكفالة على هذا، فهو جائز، ولو قال ذلك بعد وجوب الكفالة لا يجوز؛ لأن هذه براءة إلى أجل، ورواية إبراهيم تخالف الرواية المتقدمة.

١٦٤٥٢ - وفي "المجرد" عن أبي حنيفة: إذا قال الرجل لغيره: أنا كفيل لك بنفس هذا اليوم، فإذا مضى اليوم، فأنا بريء، قال: إذا مضى اليوم، فقد برئ، ولو قال: أنا كفيل بنفسه، فإن وافيت به عند القاضي، فأنا بريء، فوافى به عند القاضي، فهو بريء. ولو كفل بنفس رجل على أنه متى رأى الطالب المكفول بنفسه، أو متى ما

---

(١) هكذا في الأصل وط، وكان في م، ز، ف: "بنى".

تقع، فأما برئ منه، فهو جائز.

١٦٤٥٣- وفي "مجموع النوازل": رجل له على رجل ألف درهم، وكفل بها كفيل، فقال المطلوب للطالب: إن فلاناً قد كفل لك عني بهذه الألف، فابرأني عنها لأخرج من البين، وتبقى لك الخصومة مع الكفيل، فأبرأه منها، يبرأ الكفيل أيضاً؛ لأن براءة الأصيل توجب براءة الكفيل، وهذا ضرب من الحيل، فيجب على الرجل أن يعلم بذلك حتى لا يبطل حقه، وذكر في "المنتقى" عن أبي يوسف هذه المسألة بعبارة أخرى، فقال: إن قال المطلوب للطالب: أبرئني، فقد أعطيتك كذا، فقال: أنت بريء، وأجاب أن الذي عليه الأصل يبرأ، ويكون للطالب أن يأخذ الكفيل بالمال؛ لأنه إنما أبرأ الذي عليه الأصل على أن يأخذ الكفيل، فلا يوجب ذلك براءة الكفيل، ويرجع الكفيل على الذي عليه الأصل بما أدى إن كان كفل بأمره.

١٦٤٥٤- وفي "نوادر هشام" قال هشام: سألت محمداً عن رجل له على غيره مال، فقال رجل لصاحب المال: أصالحك على أن تحط عن فلان نصف المال، وأضمن لك نصف المال، فتراضوا[1] على ذلك، وكان الكلام عليه، ثم اجتمعوا وضمن هذا الضامن نصف المال، وأبرأ رب المال المطلوب من المال كله، ولم يكن عند عقدة الضمان بينهما أني إنما أضمن لك النصف؛ لتبرئه منه، قال: إذا كانت المواضعة بينهما قبل ذلك على هذا، فنصف المال لازم للكفيل، ولا يبرأ ببراءة صاحب الأصل، فما ذكر عنهما في "المنتقى" يخالف ما ذكر في "مجموع النوازل".

١٦٤٥٥- وفي "نوادر هشام" عن محمد أيضاً: إذا قال الرجل لقوم: اشهدوا أني قد ضمنت لهذا بألف درهم التي هي له على فلان، ثم إن الأصيل أقام بينة أنه قد كان قضاه الألف قبل أن يضمنها هذا، قال: يبرأ الأصيل منه، ولا يبرأ الكفيل؛ لأن قول الكفيل الألف التي هي له عليه، إقرار بالمال، ولكن إن أقام البينة أنه قضاها بعد الكفالة برئ الكفيل.

١٦٤٥٦- قال محمد في "الأصل": الكفيل بالنفس إذا قضى الدين الذي على المكفول بنفسه على أن يبرأه عن الكفالة بالنفس، ففعل جاز القضاء، وجازت البراءة،

(١) أي تحاطوا في البيع والشراء، وهو ما يجري بين المتبايعين من الزيادة والنقصان.

أما جواز القضاء فلأنه متبرع في القضاء، والقضاء من المتبرع جائز إذا قبل صاحب الحق، وأما جواز البراءة لأنه لم يأخذ بإزاء هذه البراءة عوضًا لأنه حقه؛ لأنه استوفى دينه، وحق الإنسان لا يصلح عوضًا عن حقه بحال، وإذا لم يكن لهذه العوضية جواز بحال، كان هذا إبراء بغير عوض فيجوز.

فأما إذا قال الكفيل: أعطيك عشرة (١) دراهم على أن تبرئني عن الكفالة بالنفس، فأبرأه الطالب على ذلك، فإن العوض لا يسلم للطالب على الروايات كلها؛ لأن المستحق للطالب على الكفيل بالكفالة مجرد منفعة؛ لأن المستحق عليه تسليم النفس، وإنما يكون التسليم بالفعل، فكان المستحق للطالب قبل الكفيل مجرد منفعة، وبعد هذا نقول: إما أن يجعل هذا العوض بإزاء تلك المنفعة من الكفيل، أو بإزاء إسقاط هذه المنفعة التي استحقها على الكفيل. لا وجه إلى الأول؛ لأن الكفيل مالك منفعة نفسه وأخذ العوض بإزاء تلك المنفعة من مالكها لا يجوز، ولا حاجة إلى الثاني؛ لأنه لا قيمة للمنفعة وقت الإسقاط، فإن الإسقاط إتلاف ولا قيمة للمنفعة حالة الإتلاف عندنا.

وإذا لم يسلم له العوض، هل تقع البراءة للكفيل عن الكفالة؟ ذكر في رواية أبي حفص: أنه لا يقع، وذكر في رواية أبي سليمان: أنه يقع، وأما إذا قال الكفيل: اقبض الألف التي لك عليه على أن أرجع بها على المطلوب، وإن كان لا يشترط براءة عن الكفالة مع الرجوع، لا يصح القضاء، ويبقى كفيلاً بالنفس، وإنما لا يصح القضاء؛ لأنه شرط الرجوع بما أدى على المطلوب، فقد قصد شراء ذلك الدين، وشراء الدين من غير من عليه الدين فاسد، ويرجع الكفيل على الطالب بما أداه؛ لأنه أداه بحكم معاوضة فاسدة، وإن شرط البراءة مع القضاء، فالقضاء فاسد، والكفيل بريء باتفاق الروايات؛ لأن البراءة حصلت بغير عوض؛ لأن العوض المشروط حق الطالب، وحق الإنسان لا يصلح عوضًا عن حقه، والبراءة بغير عوض عن الكفالة جائزة على الروايات كلها - والله أعلم.

---

(١) هكذا في الأصل وظ، وكذا في ف وم: عشرة.

بعد ذلك خادمًا بمائة دينار، لزم الكفيل المال الأول، ولا يلزمه المال الثاني؛ لأن كلمة «إذا» لا تنبئ عن التكرار والعموم. ولو قال: ما بعته اليوم، فهو عليّ. فباعه البيعين اليوم، لزم الكفيل المالان جميعًا؛ لأن في كلمة «ما» تعميمًا.

وكذلك إذا قال: كلما بايعته؛ لأن كلمة «كلما» تنبئ عن التكرار. ولو قال: إن بعته متاعًا إذا بعته متاعًا، متى بعته متاعًا، فأنا ضامن لثمنه، فباعه متاعًا نصفين؛ كل نصف بخمسمائة، إحداهما قبل الأخرى لزم الكفيل الأول دون الثاني؛ لأن هذه الألفاظ تنبئ عن التكرار، وقوله: متاعًا نكرة في الإثبات، وإنها تخص، ولا تعم.

فإن قيل: علق الكفالة ببيع المتاع، وإنما صار بائعًا للمتاع في النكرة الثانية قلت: لا، بل صار بائعًا للمتاع في النكرة الأولى، وقد باع نصفه؛ لأن المتاع في اللغة ليس باسم لشيء مقدر؛ لأن المتاع اسم لما ينتفع به، وينتفع بالبعض كما ينتفع بالكل. ولو قال: ما بايعته من زطي فهو عليّ، فباعه ثوبًا يهوديًا أو كر حنطة، لا يلزم الكفيل شيء، وكذلك لو أقرضه لا يلزمه شيء.

١٦٤٦٠ - ولو قال له: داينه اليوم، فما داينته اليوم من شيء فهو عليّ. فأقرضه في اليوم، أو باعه متاعًا في اليوم يلزم؛ لأن اسم المداينة، كما يقع على القرض يقع على البيع؛ لأن المداينة لغة اسم لعقد يوجب دينًا، ولو قال: ما أقرضته اليوم، فهو عليّ، فباعه متاعًا، لا يلزم الكفيل ثمنه؛ لأن اسم القرض لا ينطلق على البيع.

قالوا: والفرق بين المداينة والقرض إنما يقع بلغة العرب، أما بلغتنا لا يقع الفرق بين المداينة والقرض. ولو رجع الكفيل عن الضمان قبل أن يبيع منه شيئًا، ونهى البائع عن مبايعته، ثم باعه الطالب بعد ذلك، لا يلزمه شيء، ويكون رجوعه عاملًا، وإنما عمل رجوعه؛ لأن الكفالة في هذه الصورة مبنية على ما هو غير لازم، فإنها مبنية على الأمر. فإنه قال: داينه اليوم، فما داينته اليوم من شيء فهو عليّ. فإنما بنى الكفالة على الأمر، والأمر غير لازم فيما يبنى عليه غير لازم، بخلاف ما إذا قال: ما ذاب لك على فلان، فهو ما داينت فلانًا فهو عليّ، ثم رجع عن ذلك، فإنه لا يصح رجوعه؛ لأن هناك الكفالة غير مبنية على ما ليس بلازم حتى يصير غير لازمة تبعًا له، بل كفالة مبتدأة جرت بين مالكين.

١٦٤٦١- ولو قال: ما بايعته اليوم من شيء، فهو علي، ثم جحد الكفيل والمكفول عنه المبايعة، وأقام الطالب بينة على أحدهما بغيبة الآخر أنه قد باعه بعد ذلك اليوم كذا بكذا، وقبضه، فالمال لازم للكفيل والمكفول عنه، حتى إذا حضر الغائب، لا يكلف إعادة البينة عليه، إذا كانت الخصومة عند القاضي الذي سمع البينة الأولى؛ لأنه علم أن الغائب صار مقضيًا عليه بهذه البينة، فأما إذا وقعت الخصومة عند قاض آخر، لابد من إقامة البينة ثانيًا، أو إقامة البينة أن القاضي الأول قضى هكذا، حتى يقع العلم للقاضي الثاني بذلك.

١٦٤٦٢- ولو قال: من بايع فلانًا اليوم ببيع، فهو علي، فباعه غير واحد، لا يلزم الكفيل شيء، أما عند أبي حنيفة ومحمد فلعلتين: إحداهما: أن الكفالة لا تتم بالكفيل وحده، والثانية: أن المكفول له مجهول، وأما عند أبي يوسف، فالعلة الثانية، ولو قال لقوم خاص: ما بايعتموه اليوم أنتم بغيركم، فهو علي، وفعلوا ذلك معه، كان عليه ما يبيع به أولئك القوم، وليس عليه ما بيع به غيرهم؛ لأن في حقهم المكفول له معلوم، وفي حق غيرهم المكفول له مجهول

١٦٤٦٣- ولو أذن لعبده في التجارة، ثم قال لرجل: ما بايعت به عبدي من شيء فهو علي، أو قال: كلما بايعته أو قال: الذي بايعته، فهاهنا على كل بيع يبيعه به، بخلاف ما إذا قال: إن بايعته متى بايعته إذا بايعته.

وإذا قال: ما بايعت به فلانًا من شيء فهو علي، فأسلم إليه دراهم في طعام، أو باعه شعيرًا بزيت، فذلك كله على الكفيل؛ لأن السلم نوع بيع، وإذا قال: بعه ما بينك وبين ألف درهم، فما بايعته من شيء فهو علي، فباعه متاعًا بخمسمائة، ثم باعه متاعًا بخمسمائة، لزم الكفيل المالان جميعًا، فإن باعه متاعًا آخر بعد ذلك، لم يلزم الكفيل؛ لأنه قيد الكفالة بمقدار الألف، فلا يلزمه الزيادة على ذلك.

١٦٤٦٤- وفي «المنتقى» رواية مجهولة: رجل باع من رجل عبدًا، وكفل له رجل بالثمن بأمره، فوهب البائع الثمن للكفيل، وقبضه الكفيل من المشتري، ثم وجد المشتري بالعبد عيبًا، ورده على بائعه، يرجع على البائع بالثمن، ولا سبيل لواحد منهما على الكفيل، فقد جوز هذه الهبة، ولم يشترط التسليط على القبض، وهذا إشارة إلى

الفصل الثاني عشر
في الكفالة تبطل عن الكفيل بغير براءة من الطالب

١٦٤٦٤ - وإذا كفل الرجل بمال عن رجل من ثمن مبيع اشتراه، فاستحق المبيع من يده، فإن الكفيل يبرأ عن المال، وكذلك لو رده بعيب بقضاء أو بغير قضاء، أو رده بخيار رؤية أو بخيار شرط، فقد سوى في هذه المسألة بين الاستحقاق وبين الرد بالعيب وخيار الرؤية وخيار الشرط؛ لأن الأصيل وهو المشتري بريء عن الثمن متى انفسخ البيع بهذه الأسباب، وبراءة الأصيل بأي سبب حصلت توجب براءة الكفيل. ولو كفل المشتري بالثمن لغريم البائع، ثم استحق المبيع، برئ الكفيل، ولو رد المشتري العبد بعيب بقضاء أو بغير قضاء، لا يبرأ؛ لأن الكفيل كفل للبائع عن المشتري بالثمن، وبالرد بهذه الأسباب برئ المشتري عن الثمن، وبراءة الأصيل توجب براءة الكفيل.

وفي المسألة الثانية: المشتري كفل عن البائع لغريمه بالثمن، وبسقوط الثمن عن المشتري بانفساخ البيع بهذه الأسباب لم يبرأ البائع عن دين الطالب حتى يبرأ كفيله، وتبطل الكفالة، ولو بطلت الكفالة إنما تبطل بفوات ما تعلق به الكفالة، وإنما تفوت ما يتعلق به الكفالة إذا استحق المبيع، أو وجد حرًا، وظهر أن الثمن لم يكن واجبًا وقت الكفالة؛ لأن الكفالة المضافة إلى الثمن في هذه الحالة تصير متعلقة بعين المضاف إليه، لا بمثل المضاف إليه، فكانت تبرعًا، والعين قد فاتت، وهذا لأن الكفالة تنعقد تبرعًا، ويتم معاوضة متى حصلت بأمر المكفول عنه، فكانت تبرعًا من وجه معاوضة من وجه، ولو كانت تبرعًا من كل وجه تعلقت بعين الدراهم المضاف إليها أصلًا، فإذا كانت بينهما وفرنا على الشبهين حظهما، فجعلنا الكفالة متعلقة بالعين إذا ظهر أن الثمن لم يكن واجبًا بأن استحق العبد، أو وجد حرًا عملًا بشبه التبرع، وجعلنا الكفالة متعلقة بالمثل حتى سقط الثمن بعد الوجوب عملًا بشبه المعاوضة.

إذا ثبت هذا، فنقول: إذا استحق العبد أو وجد حرًا، فقد ظهر أن الحوالة كانت متعلقة بالثمن، وقد ظهر أن الثمن لم يكن واجبًا، وأن الكفالة لا تصح، وإذا رد العبد

بالعيب، أو بخيار الرؤية أو بخيار الشرط، فقد ظهر أن الحوالة كانت متعلقة بالمثل، والمثل لم يفت، إنما فات الثمن المضاف إليه، فبقيت الكفالة. قياس هذه المسألة من مسألة الأولى أن لو سقط دين الطالب من البائع بسبب من الأسباب إما بفسخ المداينة التي جرت بين البائع والطالب، أو بإبراء الطالب البائع عن دينه أو بقضاء البائع، ولو برئ البائع عن دين الطالب بهذه الأسباب، برئ كفيله، وبطلت الكفالة.

١٦٤٦٦- ولو أن رجلا تزوج امرأة، وكفل بالمهر رجل عن الزوج، ثم سقط كل المهر عن الزوج بالفرقة الثابتة من جهتها قبل الدخول، أو سقط نصف المهر بالطلاق قبل الدخول بها، برئ الكفيل عن كل المهر في الفصل الأول، وعن نصف المهر في الفصل الثاني حكمًا لبراءة الزوج.

١٦٤٦٧- ولو أن امرأة زوجت نفسها من رجل على ألف درهم، وأمرت زوجها حتى ضمنها لغريم لها، أو أحالته بها عليه، أو كفل بها عنه، ثم وقعت الفرقة بينهما من قبل المرأة قبل الدخول بها حتى سقط كل المهر، فإن الزوج لا يبرأ عن الكفالة؛ لأن سقوط المهر بالفرقة، وقد كان واجبًا وقت الكفالة، كسقوط الثمن عن المشتري بفسخ البيع، وهناك لا تبطل الكفالة، كذا ههنا، وإذا بقيت الكفالة حتى أدى الزوج، رجع بما أدى على المرأة؛ لأنه أدى عنها بأمرها، وكذلك لو طلقها قبل الدخول ضمن مثل ذلك إلا أنه يرجع عليها بقدر النصف؛ لأن بقدر النصف وقعت المقاصة، فلا يرجع بذلك، وبقدر النصف لم يقع المقاصة، فيرجع بذلك.

١٦٤٦٨- ولو أن رجلا كاتب عبده على ألف درهم، وضمن المكاتب الألف لغريم المولى، أو كفل بها، فذلك جائز، ولا يكون كفالة حتى يقال لا يصح من المكاتب لما ذكرنا قبل هذا أن الكفيل يلتزم ما لم يكن واجبًا عليه قبل الكفالة، وهذا يلزمه من غير الكفالة بأن يأمره المولى أن يؤدي عنه، فإن عتق المكاتب حتى برئ من بدل الكتابة، فإن المكاتب، لا يبرأ عن مطالبة المكفول له، ولا يبطل الكفالة؛ لأن سقوط بدل الكفالة بالعتق، وقد كان واجبًا وقت الكفالة بمنزلة سقوط الثمن عن المشتري بفسخ البيع بالرد بالعيب، وإذا أدى المكاتب ذلك يرجع بما أدى على المولى؛ لأن الكفالة وقت وقوعها انعقدت موجبة للرجوع؛ لأن المكاتب يجوز أن يستوجب على مولاه دينًا بخلاف العبد

إذا كفل عن مولاه، وأدى بعد ما عتق حيث لا يرجع على المولى؛ لأن هناك الكفالة وقت وقوعها لم تنعقد موجبة للرجوع، وإذا أراد الكفيل بالنفس أو المال أن يخرج نفسه عن عهدة الكفالة، فليس له ذلك، وإن كان الإخراج بحضرة المكفول له، والمكفول عنه، وهذا بخلاف الوكيل إذا أخرج نفسه عن الوكالة بحضرة الخصم - والله أعلم -

الفصل الثالث عشر
في دعوى الكفيل بطلان الكفالة

١٦٤٦٩ - قال محمد: وإذا كفل الرجل عن رجل بألف درهم بأمره، ثم غاب الأصيل، فادعى الكفيل على الطالب أن الألف الدرهم على المطلوب من ثمن خمر، فلا سبيل لك علي، وقال الطالب: لا، بل كان من ثمن عبد، فالقول قول الطالب؛ لأن الظاهر شاهد له، فإن الظاهر في عقود المسلمين الجواز إلا أن مثل هذا الاختلاف لو وقع بين الطالب والمطلوب كان القول قول الطالب، وطريقه ما قلنا، فههنا كذلك، فإذا أراد الكفيل أن يقيم البينة على الطالب بذلك، فإنه لا تقبل بينة الكفيل؛ لأنه مناقض؛ لأن الإقدام على الكفالة إقرار من الكفيل أن المال على المطلوب، والمسلم لا يكون مطالباً بثمن خمر، فيكون مناقضاً في قوله: المال من ثمن خمر، والدعوى مع التناقض لا يصح وسماع البينة يعتمد صحة الدعوى، ولو أقام الكفيل البينة على إقرار الطالب لا تسمع بينته، وكذلك لو أراد استحلاف الطالب لا يكون له ذلك؛ لأن سماع البينة مرتب على دعوى صحيحة، والدعوى من الكفيل لم تصح لمكان التناقض.

وفي «نوادر ابن سماعة» عن محمد رحمه الله: أن الكفيل لو أقام البينة على إقرار الطالب بذلك، قبلت بينته، وأبطل المال عنه، قال ثمة: وإقامة البينة على إقراره بمنزلة إقراره عند القاضي. ولو أقر به عند القاضي بطل المال عن الكفيل، كذا ههنا، قال في «الأصل»: والحوالة في هذا نظير الكفالة، قال: فإن أدى الكفيل المال إلى الطالب، وغاب الطالب، وحضر المكفول عنه، فقال: المال من ثمن خمر، وجاء بالبينة، لم يكن بينه وبين الكفيل خصومة ويؤمر المكفول عنه بدفع المال إلى الكفيل، ويقال له: اطلب صاحبك وخاصم معه، وهذا لأن المكفول متناقض في هذه الدعوى؛ لأن أمره بالكفالة وبالتزام المطالبة عنه، وإنه إقرار بتوجه المطالبة عليه؛ ولا تتوجه المطالبة عليه بثمن الخمر، فيصير متناقضاً في قوله: كان من ثمن خمر، ولا يسمع من المتناقض.

١٦٤٧٠ - ولو أقر الطالب عند القاضي أن المال على المكفول عنه كان من ثمن

خمر؛ أن إقراره لم يكن على المكفول عنه شيء، برئ الكفيل والأصيل جميعاً؛ لأنه أقر ببراءة الأصيل عن هذا المال، لأنه من ثمن خمر، وبراءة الأصيل توجب براءة الكفيل، فبرئ الأصيل والكفيل جميعاً. فلو أن المكفول عنه حضر، وأقر أن المال عليه من قرض، أو ثمن بيع، وكان ذلك بعد إقرار الطالب أنه ثمن خمر، وصدقه الطالب في ذلك، فالمال لازم للمطلوب غير لازم للكفيل؛ لأن الكفيل قد برئ بإقرار الطالب، وتصادقهما بعد ذلك بخلاف ذلك لا يعمل في حق الكفيل.

فإن قيل: أليس أن الطالب كذب المكفول عنه في هذا الإقرار بإقراره أن المال ثمن خمر؟ قلنا: هذا تكذيب سبق الإقرار، والتكذيب متى سبق الإقرار لا يمنع صحة الإقرار بعد ذلك، ألا ترى أن من قال: لا حق لي قبل فلان، ثم إن فلاناً أقر له بحق، وصدقه في إقراره، كان الإقرار صحيحاً، وإن كذبه في إقراره هذا؛ لأن تكذيبه سبق هذا الإقرار.

١٦٤٧١- وفي نوادر هشام قال: سألت محمداً رحمه الله عن رجل يقول لقوم: اشهدوا أني قد ضمنت لهذا ألف درهم التي له على فلان، وإن فلاناً الذي كان عليه الألف أقام بينة أنه قد قضى هذا الذي له الألف ألفه قبل أن يضمن هذا الضامن، قال: يبرأ الذي عليه الأصل، ولا يبرأ الكفيل.

١٦٤٧٢- وعن الحسن بن زياد في كتاب الاختلاف: رجل قال لامرأة: إن زوجك طلقك تطليقة بائنة، وصدقته المرأة، وضمن لها المهر، قال أبو يوسف: المال لازم للضامن ما لم يحضر الزوج، وينكر الطلاق، فإذا حضر وأنكر بطل الضمان، وهكذا في البيع -والله أعلم-.

الفصل الرابع عشر
في أخذ الكفيل

١٦٤٧٣- وإذا طلب المدعي من القاضي أن يأخذ له كفيلا بنفس المدعى عليه، فهذه المسألة على وجهين أيضًا: إما إن وقع الدعوى في الحدود الخالصة لله تعالى، نحو حد الزنا، وحد شرب الخمر، وصورة ذلك: قوم أخذوا رجلا مع امرأة، وجاؤوا بهما إلى القاضي، وقالوا: إنا وجدنا هذه المرأة مع هذا الرجل وعليهما شهود الزنا، فخذ منهما كفيلا بالنفس حتى يحضرك الشهود، فالقاضي لا يأخذ منهم كفيلا.

وكذلك لو جاء رجل برجل إلى القاضي، وقال: هذا قد شرب الخمر وعليه شهود الشرب، فخذ كفيلا بنفسه حتى يحضرك الشهود، فالقاضي لا يأخذ كفيلا بنفسه؛ لأنه لو أخذه أخذ لأجل الحد، وقد قال عليه السلام: «لا كفالة في الحدود»[1]؛ لأن أخذ الكفيل إنما يجب بطلب من له الحق، لا بطلب الأجنبي، ولا يوجد الطلب عن له الحق ههنا، وهو الشرع، فإن النبي عليه السلام قال: «لا كفالة في الحدود»، وإن قامت على الزنا أربعة من الشهود، أو قام على الشرب شاهدان، فالقاضي لا يأخذ منهم كفيلا لما ذكرنا، ولمعنى آخر أن بعد الشهادة وجب الحبس بهذه الأسباب، فلا حاجة إلى أخذ الكفيل، وإن قام شاهد واحد عدل، ففي شرب الخمر يحبس؛ لأن بشهادة العدل الواحد تثبت تهمة الشرب، فإنه فسق، والحبس لأجل التهمة مشروع، وفي الزنا لا يحبس المشهود عليه؛ لأن الشاهد إذا كان واحدًا يصير قاذفًا، فلا يحبس المشهود عليه، ولكن الشاهد يقام عليه حد القذف، إلا أن يأتي بأربعة شهود يشهدون بصدق

(١) وجعله من قول ابن القاسم وهو رأيه في المدونة الكبرى ١٣/٥٠٢، أخرجه البيهقي في سننه ٦/٧٧ حديث (١١٤٠٩)، والديلمي في الفردوس (٥/٢٠٠٢)، والقضاعي في مسند القاضي ٦/٢٤٢، وابن عدي في الكامل ٥/٢٢، والخطيب في تاريخه ٣/١٩٦١ (١٥٠٦)، وذكره الزيلعي في نصب الراية ٤/٥٩، وكل هؤلاء ذكروا لفظ: لا كفالة في حد بغير الألف واللام، ولم يقل أحد منهم: لا كفالة في الحدود إلا محمد، وجعله ابن القاسم وغيره هذا اللفظ من قولهما، لا من قول الرسول.

مقالته، فإن قال الشاهد: عندي أربعة شهداء يشهدون على ذلك، فإن الشاهد في ذلك يؤجل إلى قيام القاضي؛ لأنه ادعى مخلصاً ومخرجاً عما لزمه من حد القذف، فيؤجله القاضي إلى وقت قيامه من المجلس، وإن كان فيه تأخير حق المشهود عليه، فإن هذا القدر من التأخير يثبت من غير تأجيل القاضي، فإن الخصوم إذا ازدحموا، فإنما يتقدمون على القاضي بالنوبة بالرقاع، وربما يخرج نوبته في آخر المجلس، ولكن للمقذوف أن يلازمه؛ لأنا إنما نظرنا للشاهد حيث أخرنا إقامة الحد إلى آخر المجلس لما ادعى المخلص والمخرج يجب أن ينظر للمقذوف، فيثبت له حق الملازمة، ولا يبطل حقه في الحد، وإن وقع الدعوى في السرقة، بأن ادعى رجل على رجل مالاً، أو متاعاً سرقه منه، وقال: بينتي حاضرة، وطلب أخذ الكفيل، أخذ له الكفيل لأجل المال، فإن فيه دعوى المال. وفي دعوى المال متى طلب المدعي أخذ الكفيل، وقال لي: بينة حاضرة، فإنه يؤخذ الكفيل استحساناً؛ لما نبين بعد هذا - إن شاء الله تعالى -.

وإن قال المدعي: قد قبضت منه السرقة، ولكن أريد أن أقيم عليه البينة للحد، وطلب أخذ الكفيل بنفسه، فالقاضي لا يأخذ منه كفيلاً؛ لأنه لو أخذ أخذ لأجل الحد ولا وجه إليه؛ لما مر.

١٦٤٧٤ - وفي دعوى السرقة: إذا أقام المدعي شاهدين مستورين أو شاهداً واحداً عدلاً، والسرقة قائمة بعينها في يد السارق، لا يؤخذ منه كفيل لأجل المال؛ لأنه وجب حبسه بتهمة السرقة، ومتى حبس وقع الاستغناء عن الكفيل، بخلاف ما إذا لم يقم شاهدين مستورين، ولا شاهداً واحداً عدلاً، فإن ثمة يكفل لأجل المال؛ لأن بمجرد الدعوى لا يجب الحبس، فيحتاج إلى التكفيل لأجل المال.

ثم إذا حبس يوضع المسروق على يدي عدل، فإن عدلت الشهود في الفصل الأول، وأقام شاهداً آخر عدلاً في الفصل الثاني، يقطع يده، ويقضي للمدعي بالمسروق إن كان قائماً، وإن استهلك قطع يده، لا ضمان عليه. وأما إن وقع الدعوى في الحدود التي فيها حق العباد، وذلك على وجوه: إما إن وقع الدعوى في القصاص في النفس، أو فيما دون النفس، أو وقع الدعوى في حد القذف، أو وقع الدعوى في التعزير، فإن وقع الدعوى في القصاص في النفس، أو فيما دون النفس، وقال: لي بينة

حاضرة، وطلب من القاضي أن يأخذ له كفيلاً بنفس المدعى عليه، فالقاضي لا يأخذ منه كفيلاً، ومعناه أنه لا يجبر على إعطاء الكفيل، ولكن لو أعطى كفيلاً بنفسه باختياره جاز. وهذا قول أبي حنيفة، وقول أبي يوسف أولاً، وقال أبو يوسف آخراً: يجبر على إعطاء الكفيل، وهو قول محمد، فهو يقول: إنا أجمعنا على أنه يجبر على إعطاء الكفيل في دعوى المال، وإنما أجبر حتى لا يخفي المدعى عليه نفسه، فيتمكن المدعي من إقامة البينة، فيتوصل إلى حقه. وهذا المعنى موجود هنا. وأبو حنيفة يقول: التكفيل للتوثيق، واللائق بالقصاص وحد القذف الدرء دون التوثيق. ثم إذا لم يجبر على إعطاء الكفيل عند أبي حنيفة، فالمدعي يلازمه إلى أن يقوم القاضي من مجلسه، فإن جاء ببينة، وإلا خلي سبيله. وإن كان المدعي جاء بشاهدين مستورين، وطلب من القاضي أن يأخذ كفيلاً بنفسه إلى أن يظهر عدالة شهوده، أو جاء بشاهد واحد عدل، وقال: لي شاهد آخر في المصر، وطلب من القاضي أن يأخذ منه كفيلاً بنفسه، فلا شك أن على قول أبي حنيفة لا يأخذه؛ لأنه تثبت تهمة القذف والقتل إن لم يثبت حقيقتهما، فيحبس لأجل التهمة، وإذا حبس وقع الاستغناء عن الكفيل. وأما على قولهما: ذكر في بعض الروايات أن القاضي يحبسه، ولا يأخذ منه كفيلاً، وذكر في بعض الروايات أنه لا يحبسه، ولا يأخذ منه كفيلاً. وإن كان المدعي جاء بشاهد واحد لا تعرف عدالته، فالقاضي لا يحبسه بلا خلاف، وهل يأخذ منه كفيلاً؟ فالجواب فيه كالجواب فيما إذا لم يقم هذا الشاهد.

١٦٤٧٥ - وإن وقع الدعوى في قتل الخطأ، أو في جراحة فيما دون النفس خطأ، وادعى أن له بينة حاضرة، وطلب أخذ الكفيل، فالقاضي يأخذ له كفيلاً بنفسه ثلاثة أيام؛ لأن الدعوى وقع في المال، وفي المال يؤخذ الكفيل عندهم، فإن أحضر بينة، قضى له بحقه، وإن لم يحضر بينة خلى سبيله، وأبرأ كفيله.

قال شيخ الإسلام: وتأويل قوله: أبرأ كفيله إذا كانت البراءة مشروطة في الكفالة، بأن قال الكفيل للمدعي: إن لم تحضر بينتك في ثلاثة أيام، فأنا بريء من الكفالة. فأما من غير شرط بمضي ثلاثة أيام لا يبرأ ما لم يأت ببينة بعد هذا - إن شاء الله تعالى -

٦٤٧٦ - وإذا وقع الدعوى في التعزير بأن ادعى قبل رجل شتيمة يريد به شتمة لا يجب بها حد القذف، أو ادعى ذمي على مسلم أنه قذفه بالزنا، أو ادعى رجل قبل رجل أنه ضربه، أو خنقه، أو ادعت المرأة قبل زوجها أنه ضربها ضربًا فاحشًا، أو الرجل ادعى الضرب الفاحش على ولده، أو ادعى عبد على حر أنه شتمه، فإن الواجب في هذه الصور التعزير، فإذا ادعى شيئًا من هذه الأسباب، وطلب من القاضي أن يأخذ له كفيلًا بنفسه أجابه إلى ذلك، هذه المسألة في الأقضية.

واعلم بأن من ارتكب جناية ليس فيها حد مقدر شرعًا يجب فيه التعزير جزاءً له. وقذف الذمي لا يوجب حد القذف؛ لأن إحصان المقذوف شرط وجوب الحد للقذف، والإسلام من شرائط هذا الإحصان بلا خلاف، وكذلك الخنق والضرب ليس فيهما حد مقدر، فيجب بهما التعزير.

ثم شرط في دعوى المرأة الضرب أن يكون الضرب فاحشًا، ولم يشترط في دعوى الأجانب أن يكون الضرب فاحشًا؛ لأنه لا يحل للإنسان ضرب حر مثله من الأجانب أصلًا، فكان أصل الضرب جناية، فيوجب التعزير، وإن لم يكن فاحشًا. أما الزوج أن يضرب زوجته تأديبًا، قال الله تعالى: ﴿واهجروهن في المضاجع واضربوهن﴾(١)، وقال عليه السلام: «لا ترفع عصاك عن أهلك»، ولكن ليس له أن يضربها ضربًا فاحشًا؛ لأن التأديب يحصل بأصل الضرب، فصارت هذه الزيادة جناية منه عليها، فأوجب التعزير، والضرب الفاحش: أن يكسر العظم، أو يخدش الجلد، أو يسود، فإنه لا يباح ذلك على امرأته.

وذكر من جملة ذلك أن يدعي الضرب الفاحش على ولده وهو كبير؛ وقد قيده ذلك خطأ، والولد إذا ضرب أحد أبويه يعزر، وإن لم يكن الضرب فاحشًا، فقد دل هذا القيد وقع سهوًا، وقيل: أراد بالفاحش المؤلم، إلا أن هذا ليس بصحيح؛ لأن الإيلام صار مستفادًا من اسم الضرب؛ لأن الضرب اسم لفعل مؤلم، وذكر من جملة ذلك شتم العبد وقذفه، وأنه لا يوجب الحد لفوات الإحصان في المقذوف، ثم إنما أخذ الكفيل لأجل التعزير؛ لأنه من حقوق العباد.

---

(١) سورة النساء، الآية ٣٤.

١٦٤٧٧ - وإن أقام مدعي التعزير شاهدين مستورين ، وطلب من القاضي أن يحبس المدعي عليه ، فالقاضي لا يحبسه ؛ لأن الثابت بشهادة المستورين تهمة القذف والشتم ، وبعد ما ثبت حقيقة الشتم لو أراد القاضي أن يحبسه تعزيراً له ذلك ، وإذا جاز أن يكون الحبس موجب حقيقة الشتم ، لا يجوز استيفاءه بتهمة الشتم .

وإن وقع الدعوى في غير الحدود مما هو من حقوق العباد ، بأن ادعى رجل على آخر دراهم أو دنانير أو حنطة ، أو شعيراً ، أو شيئاً بعينه ، أو دعوى في دار أو عبداً أو غصباً أو قرضاً ، أو ما أشبه ذلك ، وطلب من القاضي أن يأخذ له كفيلا بنفس المدعى عليه ، فالقاضي يسأل المدعي : ألك بينة؟ فإن قال : لا بينة لي ، فالقاضي لا يجبر المدعى عليه على إعطاء الكفيل ؛ لأن أخذ الكفيل بنفس المدعي عليه ؛ ليتمكن المدعي من إثبات حقه عليه ، ولذلك طريقان ، البينة واليمين ، وإذا قال : لا بينة لي ، تعين اليمين لإثبات الحق ، ويمكن استحلافه في الحال ؛ لأنه حاضر ، فلا حاجة إلى أخذ الكفيل ، وإن قال : لي بينة إلا أنهم غيب لا يجبر على إعطاء الكفيل أيضاً .

وإن قال : بينتي حضور في المصر ، فالقياس أن لا يجبر المدعي عليه على إعطاء الكفيل بنفسه ، وفي الاستحسان : يجبر ؛ لأن المدعي لا يمكنه إثبات حقه في هذا المجلس بالبينة ، وإن كان شهوده في المصر على ما عليه الغالب ، والظاهر لتفرقهم ، فلابد من أن يطلبهم في اليوم الثاني قبل بروزهم وخروجهم من منازلهم ويواعدهم أن يحضروا مجلس الحكم ، ولو لم يؤخذ منه كفيل ربما يخفي نفسه ويعجز المدعي عن إثبات حقه ، فكان في أخذ الكفيل ضرورة .

ثم قال : يؤخذ منه كفيل بنفسه ثلاثة أيام عند أبي حنيفة ، وعندهما إلى وقت جلوس القاضي ، قالوا : هذا اختلاف عصر وزمان كان الحكام في زمن أبي حنيفة يجلسون للحكم كل ثلاثة أيام ، فقدر المدة بذلك ، وفي زمن أبي يوسف ومحمد اختلف مدة جلوس الحكام ، كان أبو يوسف يجلس في كل شهر مرة ، ثم فعل يجلس في كل شهر ثلاث مرات ، فلاختلاف مدة الجلوس لم يقدر أجلا معلوماً ، بل جعلا الأجل مدة جلوسه .

فالحاصل : أن الأجل مدة جلوس الحكم ، قالوا : وهذا الأجل لتوسعة المدعي

ليتمكن من إحضار الشهود لا لتوسعة الكفيل ؛ لأن الكفيل قادر على التسليم في الحال ، ولهذا يؤجله القاضي ، وإن لم يطلب الكفيل ذلك . ولما كان هذا الأجل لتوسعة المدعي يعتبر الأجل حقاً له ، فإن شاء طالب الكفيل بذلك قبل مضي المدة ، وإن سلم الكفيل المطلوب قبل مضي المدة ، كان للمدعي أن لا يقبل منه حتى يتمكن من إحضاره وقت جلوس القاضي ، ثم شرط في الكتاب لأخذ الكفيل طلب المدعي ذلك من القاضي ؛ لأن أخذ الكفيل حق المدعي ، وحق الإنسان لا يؤثر بدون طلبه ، قالوا : وهذا إذا كان الرجل عالماً يهتدي إلى الخصومات ، أما إذا كان جاهلاً فالقاضي يأمر المدعى عليه بإعطاء الكفيل ، وإن لم يطلب المدعي ذلك .

ثم إذا لم يجبر على إعطاء الكفيل إذا قال : لا بينة لي ، أو قال : شهودي غيب ، فالقاضي يحلف المدعى عليه مكانه إن طلب المدعي تحليفه ، فإن حلف ، برئ ، وإن نكل يعرض عليه اليمين ثلاث مرات ، وهذا إذا تقدم من المدعى عليه الجحود وإن لم يتقدم منه الجحود ، ولكن سكت ولم يقر ، ولم ينكر ، ففي ظاهر الرواية : القاضي يجعله جاحداً ، ويعرض عليه اليمين ثلاث مرات ، ويقضي عليه بنكوله .

وروي عن أبي حنيفة في غير رواية الأصل : أن القاضي لا يجعله جاحداً ، ولا يحلفه ، فعلى هذه الرواية : إذا عرض عليه القاضي اليمين مع أنه ليس للقاضي ذلك ، ونكل عن اليمين ، لا يقضي عليه بنكوله ، وهذا لأن وجوب اليمين عرف بالحديث على من هو منكر من كل وجه ، والساكت ليس بمنكر من كل وجه ؛ لأن السكوت محتمل ، وعلى قياس هذه الرواية يجب أن لا يسمع عليه البينة أيضاً ؛ لأن البينة إنما تسمع على المنكر من كل وجه ، ثم على هذه الرواية إذا لم يستحلف الساكت ، ولم يسمع عليه البينة ، ماذا يصنع القاضي ؟

حكي عن الفقيه أبي جعفر : أنه قال : رأيت رواية عن أبي حنيفة أن القاضي يحبسه حتى يقر ، أو يحلف ، حتى لا يبطل حق المدعي ، وإن قال المدعي : لا بينة لي ، وأنا أريد أن أستحلفه ، فخذ لي كفيلاً ، فالقاضي لا يلتفت إليه ؛ لأنه يمكنه الوصول إلى حقه في اليمين من غير الكفيل بأن يستحلفه مكانه ، ولا حاجة إلى أخذ الكفيل .

١٦٤٧٨ - وإذا قال المدعي : لي بينة حاضرة ، فخذ لي كفيلاً ، وقال المطلوب : لا

أجد كفيلا ، كان القول قول المطلوب ؛ لأن المطلوب مستمسك بالأصل ؛ لأن الكفالة تبرع ، والأصل عدم التبرع ، وإذا قبل قوله ، لا يجبر على إعطاء الكفيل ، لكن يؤمر المدعي أن يلازمه كما يلازم الغريم ، فإن قال المدعي : أنا عاجز عن ملازمته ، وطلب من القاضي أن يحلفه أجابه القاضي إلى ذلك ؛ لأن ملازمته أثناء الليل والنهار بحيث لا يغيب عنه طرفة عين أمر متعسر ، فإذا قال : أنا عاجز عن ملازمته ، ولا يمكن إثبات حقه بالبينة إلا بالملازمة ، فكأنه قال : أنا عاجز عن إثبات حقي بالبينة ، ومتى أقر المدعي بعجزه عن إثبات حقه بالبينة ، كان له أن يستحلف المدعى عليه ، وليس للقاضي أن يحبس المدعى عليه إذا قال : لا كفيل لي ؛ لأن الحبس أقصى العقوبة في باب المال متى ثبت الحق ، فلا يجوز أن يعاقب به قبل ثبوته ، ومن القضاة المتأخرين من أوجب الحبس في هذه الصورة ؛ لأن الطالب ربما لا يمكنه ملازمة الخصم ؛ لأنه يحتاج إلى طلب الشهود وإحضارهم ، ولا يمكنه أخذ الكفيل من الخصم ليكون وثيقة له في إحضاره وإذا قال : لا أجد ، فلو لم يحبسه لم يقدر المدعي على إحضاره لإقامة البينة عليه .

فإن أعطاه كفيلا بنفسه ، وقال المدعي : إن هذا الكفيل ليس بثقة ، فالقاضي يأمره أن يعطيه كفيلا ثقة ، والثقة من يكون معروف الدار ، أو معروف الحانوت ، لا يمكنه أن يختفي نفسه ، وما وراء ذلك من كون الكفيل تاجراً ، أو ما أشبه من شهوات النفس ، فلا يلتفت القاضي إليه ، ومن يسكن بيتاً ، أو حجرة بكراء ، فليس بثقة ؛ لأنه يسهل عليه التواري ، وإن قال : لا أجد كفيلا ثقة ، فالقول قوله ، ويأمر المدعي أن يلازمه كما يلازم الغريم على نحو ما بينا .

وإن طلب المدعي من القاضي أن يعطيه وكيلا بالخصومة مع الكفيل بالنفس ، فالقاضي يأمره بذلك ، ولكن إن أبى إعطاء الوكيل ، فالقاضي لا يجبره عليه ، يعني لا يأمر المدعي أن يلازم المدعى عليه ؛ لأجل إعطاء الوكيل ، بخلاف ما إذا أبى إعطاء الكفيل ، حيث يجبر عليه ؛ لأنه في الامتناع عن إعطاء الكفيل متعنت ، أما في الامتناع من إعطاء الوكيل ، فليس بمتعنت .

١٦٤٧٩ - ثم المدعى به لا يخلو ، إما أن كان عقاراً أو ديناراً[1] أو منقولا ، فإن

---

(١) وفي ف : "ذهباً".

كان عقاراً، فإذا أعطاه المدعى عليه وكيلاً بالخصومة وكفيلاً بنفس الوكيل، وأعطاه كفيلاً بنفسه، فذلك يكفي؛ لأن المقصود بهذا يحصل، ولو لم يعطه كفيلاً بنفس الوكيل، ولا كفيلاً بنفسه، فله أن لا يقبل ذلك؛ لأن الوكيل ربما يغيب بنفسه، فلا يحصل مقصود المدعي.

وإن كان منقولاً، كان للمدعي أن يطلب منه كفيلاً بذلك الشيء، فإن أبى أن يعطيه كفيلاً بذلك الشيء، كان له أن يلازم ذلك الشيء، فإن أعطاه كفيلاً بذلك الشيء، ووكيلاً بالخصومة، فله أن لا يقبل ما لم يعطه كفيلاً بنفسه أو بنفس الوكيل، فإن أعطاه وكيلاً بالخصومة وكفيلاً بنفس الوكيل، وسلم ذلك الشيء إلى الوكيل، ولم يعطه كفيلاً بنفس ذلك الشيء، فله أن لا يقبل ما لم يعطه كفيلاً بنفس ذلك الشيء، وهذا كله إذا حصل التوكيل برضى الخصم، فأما إذا حصل بغير رضاه، كان له أن يأخذ من المدعى عليه كفيلاً بنفسه عند أبي حنيفة بناء على أن التوكيل بغير رضى الخصم عنده لا يلزم، ويستوي في هذه المسألة أن يكون الوكيل بالخصومة هو الكفيل بنفس ذلك الشيء، أو كان الكفيل به غير الوكيل؛ لأن المقصود لا يتفاوت إلا أن الوكيل إذا كان هو الكفيل بنفس ذلك الشيء، فالقاضي يأمره أن يعطيه كفيلاً بنفسه؛ لأن الوكيل قام مقام الموكل حكماً، فيطالب بإعطاء الكفيل بنفسه، كما يطالب الموكل.

وحكي عن الفقيه أبي جعفر الهندواني: أنه كان يقول: إنما يجبر المدعى عليه على إعطاء الكفيل بنفسه، والمدعى به إذا كان المدعى عليه ممن يخاف عليه تغييب نفسه، وتغييب المدعى به، أما إذا كان لا يخاف عليه ذلك، بأن يكون رجلاً موثوقاً، فإنه لا يجبر عليه؛ لأنه لا فائدة في أخذ الكفيل في هذه الصورة.

وإن كان المدعى به ديناً، فقال المدعى عليه: أنا أعطيك كفيلاً بالمال ووكيلاً بالخصومة، ولا أعطيك كفيلاً بنفسي، فله أن لا يقبل؛ لأن أكثر ما فيه أن المدعي يثبت الحق على الوكيل، ولكن لا يمكنه استيفاء الحق من الوكيل، وإن قال: أعطيك كفيلاً بالمال أيضاً، فله أن لا يقبل منه؛ لأن الناس يتفاوتون، فلا يحصل مقصود المدعي بهذا من كل وجه.

بآخر شهرين، ذكر شيخ الإسلام في شرحه هذه المسألة على التفصيل أيضاً، فقال: إن كان المدعي يدعي أقرب الأجلين، قبلت الشهادة، وإن كان يدعي أبعد الأجلين، لا تقبل الشهادة. وذكر شمس الأئمة السرخسي في شرحه من غير تفصيل أن هذه الشهادة مقبولة، وإن أكذب الشاهد بأبعد الأجلين؛ لأنه إنما أكذبه فيما شهد عليه، فالتأجيل في الكفالة بالنفس لتوسعة الأمر على الكفيل حتى لا يطالب بالتسليم في مدة الأجل، وهذا أمر على المكفول له.

١٦٤٨١ - وإذا شهد شاهدان على شهادة شاهدين على الكفالة، وقالا: نحن لا نعرف الكفيل والمكفول عنه، ولكن أشهدنا فلان وفلان على شهادتهما أن فلان ابن فلان الفلاني كفل لهذا الرجل بنفس فلان ابن فلان الفلاني، قبلت شهادتهما؛ لأنهما شهدا كما تحملا، ولم يقرا على أنفسهما بالسهو والغفلة، فبعد ذلك، إن أقر المدعى عليه الكفالة أنه فلان ابن فلان يؤاخذ به، وإن أنكر يحتاج المدعي إلى شهود يشهدون أن المدعى عليه فلان ابن فلان الفلاني؛ لأنه ثبت بهذه الشهادة كفالة فلان ابن فلان، وما لم يثبت كون المدعى عليه الكفالة فلان ابن فلان

١٦٤٨٢ - ولو شهد رجلان بأنفسهما أن هذا الرجل كفل لهذا الرجل بنفس رجل نعرفه بوجهه، ولا نعرفه باسمه، فالشهادة جائزة، ويؤخذ الكفيل بالكفالة؛ لأنهما نقلا كما تحملا، وإن قالا: كفل بنفس رجل لا نعرفه بوجهه، ولا باسمه، فالشهادة جائزة؛ ويؤاخذ الكفيل بالكفالة بمنزلة ما لو أقر عند القاضي أنه كفل لهذا بنفس رجل، ثم يقال للكفيل بيّن، فأي رجل أتى به، وقال المكفول به: هذا كان القول قوله؛ لأن الإجمال من جهته، فيكون البيان إليه، وكان بمنزلة ما لو أقر لرجل بمال. أو أقر أنه غصب من فلان شيئاً، كان البيان إليه؛ لأن الإجمال كان منه، كذا ههنا، فبعد ذلك ينظر إن صدقه المكفول له فيما بيّن، فلا يمين عليه، وإن كذبه، فإنه يحلف عليه.

١٦٤٨٣ - وإذا شهد شاهدان لرجل على رجل بالكفالة بالنفس فيبرز أحدهما قال: المكفول به زيد، وقال الآخر: المكفول به عمرو، لا تقبل الشهادة، ادعى الطالب كفالة أحدهما، أو ادعى كفالتهما؛ لأن الشاهد على كل كفالة شاهد واحد، ويقال

للمدعي فيما إذا ادعى الكفالتين[1] ضم إلى كل شاهد شاهداً آخر حتى يقضي له بالكفالتين؛ لأنه في هذه الصورة، لم يكذب أحد الشاهدين.

١٦٤٨٤- وإذا ادعى رجل قبل رجل كفالة بنفس رجلين، وأقام شاهدين، فشهدا على كفالة أحدهما، واختلفا في الآخر، فشهد أحدهما على كفالته، وشك الآخر فيه، وقال: لا أدري أهو أم غيره؛ فإن الكفيل يؤخذ بكفالة الذي أجمعا على كفالته، ولا يقضى بكفالة الآخر؛ لأنه ليس على كفالة الآخر إلا شاهد واحد.

وإذا شهد شاهدان على رجل أنه كفل لأبيهما، ولفلان بنفس فلان، كانت شهادتهما باطلة؛ لأنهما شهدا بلفظ واحد، وقد بطل شهادتهما في حق أبيهما، فتبطل في حق الآخر أيضاً.

١٦٤٨٥- وإذا شهد شاهدان أنه كفل لفلان بنفس فلان على أنه إن لم يواف به غداً، فعليه ما عليه، وهو ألف درهم، فالشهادة جائزة، وتثبت الكفالتان، فإن شهد له شاهدان بالإيفاء في ذلك اليوم، فهو بريء من الكفالة، كما لو ثبت الإبراء في ذلك اليوم معاينة، وإن اختلفا في المال، فشهد أحدهما بألف درهم، وشهد الآخر بخمسمائة، واتفقا على الكفالة بالنفس، فالقاضي يقضي بالكفالة بالنفس؛ لأنهما لم يختلفا فيها، وفي الكفالة بالمال اختلفا، واختلاف الشاهدين في المال على هذا الوجه، يمنع قبول الشهادة عند أبي حنيفة، سواء ادعى الطالب أقل المالين أو أكثر المالين.

١٦٤٨٦- وإن اختلف الشاهدان في المال، فشهد أحدهما بالدراهم، وشهد الآخر بالدنانير لم تجز شهادتهما في شيء من ذلك، ادعى الطالب أحد الصنفين أو ادعى الصنفين جميعاً؛ لأنه ليس على كل مال إلا شاهد واحد، وإن اتفقا في المال أنه ألف درهم إلا أنهما اختلفا، فقال أحدهما: قرض، وقال الآخر: من ثمن بيع، وادعى المدعي أنه من ثمن بيع، فإنه لا يقضى له بشيء؛ لأنه أكذب شاهده الذي شهد له بالقرض إلا أن يوفق، فيقول: كان لي عليه ألف درهم من ثمن بيع إلا أنه أقر بين يدي الشاهد الآخر أنه من قرض.

هذا إذا ادعى المدعي أحد الصنفين، وإن ادعى الصنفين جميعاً قبل شهادتهما،

---

(١) وفي م: ادعى له بكفالتين.

وقضى بألف درهم؛ لأنه لم يكذب أحد شاهديه فيما ادعى البيع والقرض، فوجب قبول شهادتهما، وإذا قبلنا شهادتهما، قضى له بألف؛ لأن السبب لم يثبت؛ لما اختلفا في سبب وجوب المال، فكان كل واحد منهما شهد بألف مطلق.

١٦٤٨٧ – ولو كان الشاهدان كفيلين بمال عن صاحب الأصل، لم تجز شهادتهما؛ لأنهما يجران إلى أنفسهما منفعة، فإن الطالب إذا أخذ المال من الكفيل المشهود عليه استفاد البراءة به.

١٦٤٨٨ – وإذا كان لرجلين على رجل ألف درهم، فأخذ منه كفيلا بنفسه، فإن لم يواف به غداً، فعليه المال، فجحد الكفيل، فشهد ابنا الذي عليه الأصل، فإن كان الأب يدعي، فإنه لا تقبل شهادتهما، وإن جحد تقبل شهادتهما؛ لأن لأبيهما منفعة فيما شهدا به من وجه من حيث إن المطالبة تخف عن الأصيل بسبب الكفالة، ومضرة من وجه من حيث إنه يثبت للكفيل حق الرجوع إذا أدى، والناس يتفاوتون في الإيفاء والاستيفاء، فيترجح المنفعة عند الدعوى والمضرة عند الجحود.

وإن كان الشاهدان ابني الكفيل، فكذا الجواب إن كان الأب يدعي الكفالة، لا تقبل شهادتهما، وإن كان يجحد تقبل شهادتهما؛ لأن للأب في هذه الشهادة منفعة، وهو الرجوع عند الأداء، ومضرة من وجه، وهو توجه المطالبة عليه في الحال.

١٦٤٨٩ – وإذا ادعى رجل على رجل أنه كفل له بنفس رجل ومائة درهم له عليه إن لم يواف به غداً، وشهد له بذلك شاهدان، وشهدا أن المكفول به أمر الكفيل بذلك، والكفيل والمكفول به منكران المال والأمر، فقضى القاضي بتلك الشهادة على الكفيل إن لم يواف به، فأخذه بالمال وأدى، فإن الكفيل يرجع على المكفول به، وإن كان من زعم الكفيل أنه لا يرجع له على الأصيل، وأنه لم يكن بينهما كفالة إلا أن القاضي كذبه في إقراره لما قضى القاضي عليه بالكفالة والأمر، فالتحق إقراره بالعدم.

ولو أقر الكفيل بالكفالة بالنفس والمال جميعاً، وقال: لم يأمرني الأصيل بذلك، فقضى عليه القاضي بذلك، ثم جاء الكفيل بالبينة أن المكفول عنه أمره بالكفالة، لم تقبل بينته على ذلك؛ لأنها لو سمعت سمعت على الكفيل؛ لأنه هو المقيم لها، ولا يجوز لخصمه؛ لأنه مناقض في الدعوى، بخلاف المسألة الأولى؛ لأن هناك البينة تسمع على

الطالب، فإنه هو المقيم لها، والطالب غير متناقض في الدعوى.

١٦٤٩٠ - وفي نوادر هشام قال: سألت محمداً عن رجل ادعى على رجل أنه كفل بنفس فلان، فأنكر، وأقام المدعي بينة على الكفيل أنه كفل بنفسه، وألزمه الكفالة، ثم إن الكفيل أقام بينة أنه كفل بنفسه بأمره، قال: لا أقبل بينته؛ لأنه قد أكذب بينته حين قال: لم أكفل به، قلت: فإن كانت بينة المدعي قد شهدت أنه كفل بنفس فلان بأمره، قال: أما ههنا فإذا قضى القاضي عليه بالكفالة، فللكفيل أن يأخذ المكفول به بمنزلة من أقام بينة على رجل أنه قد كفل له عن فلان بألف درهم، وقال الكفيل: لم أكفل.

١٦٤٩١ - وإذا كفل بنفس رجل لرجل على أنه إن لم يوافِ به غداً، فعليه المال الذي له عليه، فادعى الكفيل أنه وافاه في ذلك اليوم، وجاء بشهود شهدوا على إقرار الطالب بذلك، قبلت شهادتهم، فإن اختلفا في مكان إقراره، أو في وقت إقراره، جازت الشهادة؛ لأن الإقرار قول يتكرر، وإن شهد أحدهما أنه دفعه إليه عشية بمحضر منه من غير إقراره، وشهد الآخر أنه دفعه إليه غدوة بمحضر منه من غير إقرار، وادعى المدعي أحدهما، أو كلاهما، لا تقبل شهادتهم؛ لأن الفعل الموجود في مكان أو زمان غير الفعل الموجود في مكان، أو زمان آخر.

ولو أقر الكفيل بعد ذلك أنه لم يدفع الرجل، وأن المال قد لزمه، وأن الشهود شهدوا بباطل، فالمال لازم للكفيل لإقراره بالمال، وكذلك إن شهود قد شهدوا له، ولا يرجع به إذا أداه على المكفول عنه؛ لأنه إنما لزمه المال بإقراره، لولا ذلك، الكفالة لا يلزمه لقيام الحجة على براءته، والإقرار ليس بحجة على الأصيل، وإذا شهد شاهد على الكفالة معاينة، وشهد آخر على إقرار الكفيل بالكفالة، قبلت شهادتهما؛ لأن صيغة الإنشاء والإقرار في الكفالة واحدة.

١٦٤٩٢ - وإذا شهد شاهدان على الكفالة بألف درهم، واختلفا في اللفظ، فقال أحدهما: كفل بها، وقال الآخر: ضمنها، أو قال أحدهما: هي له قبلي، وقال الآخر: هي علي، فالشهادة جائزة؛ لأنهما اتفقا فيما هو المقصود، وهو الكفالة.

١٦٤٩٣ - ولو شهد أحد الشاهدين على رجل أنه احتال بها عليه، وشهد الآخر

أنه ضمنها له على أن أبرأ الأول، والطالب يدعي الحوالة، فإنه يقبل شهادتهما، ويؤخذ المحتال عليه بالمال، والذي عليه الأصيل، بريء؛ لأن الشاهدين شهدا بالحوالة معنى إذا اختلفا لفظًا، والعبرة للمعنى لا للفظ، ولو شهد أحدهما بالحوالة، وشهد آخر أنه ضمن له، وكفل من غير براءة الأصيل، والطالب يدعي الحوالة، كان للطالب أن يأخذ المحتال عليه بدينه؛ لأن الشاهدين اتفقا على كون المحتال عليه ضامنًا لدينه ضمينًا، كان أو حويلًا، والطالب ادعى كونه ضامنًا لدينه بدعوى الحوالة، فوجب القضاء بكونه ضامنًا بشهادتهما إلا أنه لم يثبت براءة الأصيل بشهادتهما، وإنما يثبت بإقرار الطالب؛ فقد أقر الطالب ببراءته حين ادعى الحوالة.

ولو ادعى الطالب الضمان على الكفيل بغير براءة، وقال: لم أحتل عليه، وباقي المسألة بحالها، فإنه تقبل شهادتهما، ويؤاخذ المحتال عليه؛ لأن الشاهدين اتفقا على كونه ضامنًا لدينه، ولم يصر الطالب بدعوى الضمان من غير براءة مكذبًا للشاهد الذي شهد بالحوالة فيما شهد له بإيجاب الضمان على المحتال عليه، وهو لم يكذبه في ذلك إنما كذبه في حق براءة الأصيل، والطالب في حق براءة الأصيل مشهود عليه.

١٦٤٩٤ - وإذا شهد شاهدان لرجل على أنه كفل لهذا عن فلان بألف درهم غير أن أحدهما قال: إلى سنة، وقال الآخر: لا، بل حالة، والطالب يدعي الحال، وجحد الكفيل الكفالة، أو أقر بها، وادعى الأجل، فالمال عليه حال في الوجهين من قبل أن الطالب لم يكذب شاهده الذي شهد بالأجل فيما له إنما كذبه بما شهد عليه.

١٦٤٩٥ - وإذا ادعى رجل على رجلين كفالة بألف درهم، وكل واحد منهما كفيل ضامن به، وشهد له شاهدان: فشهد أحدهما بذلك عليهما، وشهد الآخر على أحدهما أن الطالب يأخذ الذي اجتمعا عليه بالألف؛ لأن كل واحد منهما بحكم هذه الكفالة مطالب بجميع المال، وقد تمت الحجة على أحدهما، ولو شهد شاهد بعينه عليهما، وشهد آخر على أحدهما بعينه، وشهد آخر على الآخر بعينه، كان للطالب أن يأخذهما جميعًا؛ لأن الحجة تمت في حق كل واحد منهما.

١٦٤٩٦ - ولو شهد اثنان على أحدهما أنه كفل له بالمال حالًا، وشهد اثنان على الآخر أنه كفل له بالمال إلى أجل كان جائزًا، وأخذ الطالب صاحب الأجل بالمال إلى

أجله ، وأخذ الآخر بالمال حالا ، وكذلك إذا اختلف الفريقان في مبلغ المال أخذ الطالب أيهما شاء بما شهد به الشاهدان عليه .

١٦٤٩٧ - وإذا ادعى قبل رجل كفالة بألف درهم له على رجل قد سماه ، فشهد شاهدان أنه كفل له بألف درهم عن رجل ، وقالا : رأيناه ، ولم نعرفه ، أو قالا : لم نره ، ولكن الكفيل أشهدنا على ذلك ، فالمال لازم للكفيل ؛ لأنهما يشهدان على قوله ، فهو بمنزلة شهادتهما على إقراره ، وإن أراد الطالب أن يأخذ الأصيل دون الكفيل لم يكن له ذلك إذا جحد ؛ لأن هذه البينة ليست بحجة على الأصيل متى لم تعرفه الشهود ، أو لم يروه ، ولكن الكفيل أشهدنا على ذلك ، فالمال لازم للكفيل ؛ لأنهما يشهدان على قوله ، فهو بمنزلة شهادتهما على إقراره ، وإن أراد الطالب أن يأخذ الأصيل دون الكفيل لم يكن له ذلك إذا جحد ؛ لأن هذه البينة ليست بحجة على الأصيل متى لم تعرفه الشهود أو لم يروه .

هذا إذا سمى المدعي المكفول عنه ، فأما إذا لم يسمّ ، بل ادعى كفالة بألف درهم له على رجل لم يذكر هذا الفصل في الكتاب ، وحكي عن الشيخ الإمام شمس الإسلام الأوزجندي : أنه لا يصح دعواه ، وهكذا كان يفتي ظهير الدين المرغيناني ، والحاصل : أن المكفول عنه إذا كان مجهولا في الدعوى ، لا تصح الدعوى ، ولا تسمع الشهادة ، وإذا كان مسمى في الدعوى إلا أنه مجهول في الشهادة تقبل الشهادة .

١٦٤٩٨ - وإذا ادعى رجل على رجل كفالة بنفس فلان ، أو مال عليه ، وحلف له على ذلك عند القاضي ، ثم ادعى على آخر أنه كفل له بنفس فلان ذلك بعينه كان له أن يحلف الثاني ؛ لأن كون الأول كفيلا لا ينافي كون الثاني كفيلا ، إذ يجوز أن يكفل بنفس أو بمال إنسان وزيادة .

١٦٤٩٩ - وإذا ادعى قبل رجل كفالة بنفس أو بمال ، فقال الكفيل : لم أكفل له بشيء ، وقد أبرأني عن هذه الدعوى ، وأستحلفه ما أبرأني ، وقال الطالب : بل استحلفه ما كفل لي ، فإنه استحلفه بالله ماله قبلك كفالة بذلك ، وإنما وجب تقديم يمين الكفيل لا الطالب ؛ لأنه سبقه في دعوى الكفالة ، فاستحق عليه استحلافه للحال ، ولا يجوز أن يؤمر بدعواه أنك أبرأتني عن هذه الدعوى ، فإذا حلف الكفيل ، فإن حلف ،

برئ الكفيل، فلا يحتاج إلى تحليف الطالب ما أبرأه، وإذا نكل الكفيل صار مقراً بالكفالة، فيحلف الطالب بعد ذلك ما أبرأه؛ لأن الكفيل عليه البراءة، فيحلف على ذلك.

١٦٥٠٠ وإذا ادعى رجل قبل رجل كفالة، وقال: أخذت غلامي حتى كفلت لي بفلان، وجحد الكفيل ذلك، فإنه يحلف؛ لأنه ادعى عليه معنى لو أقر به يلزمه، فإذا أنكر يستحلف إذا ادعى رجل قبل رجل كفالة، وجحد الكفيل الكفالة، فأراد المدعي أن يحلفه بالله ما كفلت لي، فالقاضي لا يحلفه على هذا الوجه، وإنما يحلفه بالله ما لهذا قبلك هذه الكفالة لأن الإنسان قد يكفل لغيره، ثم يبرئه المكفول له عن الكفالة، فلو حلف على نفس الكفالة يتضرر به المطلوب، فيحلف على الحاصل؛ وقد مر جنس[1] هذه المسألة في الاستحلاف من كتاب أدب القاضي.

١٦٥٠١- وإذا ادعى الكفيل بالنفس أنه دفع المكفول بنفسه إلى وكيل الطالب، وأنكر الطالب حلف الطالب على علمه، أما التحليف؛ لأنه ادعى عليه معنى لو أقر به لزمه، وأما العلم؛ لأن هذا تحليف على فعل الغير. وإذ قال رجل لقوم: اشهدوا أني قد كفلت لفلان بنفس فلان، والمكفول به حاضر، والطالب غائب، فإن هذه الكفالة باطلة حتى اتفقا أنه إنشاء، ولم يكن إقراراً بكفالة وجد فيها الخطاب والقبول، وعلى قول أبي يوسف الآخر: يكون جائزاً.

وأما إذا اختلفا بعد ما قدم الطالب، فقال: أردت به الإقرار بكفالة وجد فيها خطاب وقبول، وقال الكفيل: لا، بل أردت به الإنشاء، ولم يوجد خطاب، ولا قبول، فالقول للطالب؛ لأن هذا الكلام يحتمل الإقرار، وقد دل الدليل على إرادته الإقرار، وهو ظاهر حاله؛ لأن العاقد على ما عليه ظاهر حاله يقصد الصحة بكلامه، وهذا الكلام إنما يصح إذا كان إقراراً، وهذه المسألة إنما تأتي على قول أبي حنيفة ومحمد، وأما على قول أبي يوسف: فالكفالة صحيحة حمل كلامه على الإقرار أو على الإنشاء.

١٦٥٠٢- رجل قال لآخر: إن جئ فلان عليك، فأنا كفيل بنفسه، فقال ذلك

---

(١) وفي ف: "هذه المسائل".

الرجل بعد ذلك: لي حق على فلان، فادفعه إلي، وأنكر الكفيل ذلك فأقام الرجل بينة على فلان بحضرته فهذا جائز، والكفيل خصمه، والقضاء نافذ على الغائب، ولا تعاد البينة عليه. رجل اقتضى من رجل ألف درهم، وضمن له رجل ما يدركه فيها من زيف أو ستوق أو درهم لا يروج بين الناس، فضمانه جائز، فإن وجد القابض فيها شيئاً من ذلك يستبدلها من الكفيل حتى يحضر الذي اقتضاه منه المال، فيقتضي عنه بمثل، ثم يرجع الطالب على الكفيل، ويقبل قول الطالب في الزيوف إذا قال: وجدته فيما اقتضيته إن كان أشهد على قبض ألف درهم، وإن كان أشهد على قبض الألف التي له عليه، أو على استيفاء ما عليه، لا يقبل قوله، ولا يمين على المطلوب في قول أبي حنيفة؛ وقال أبو يوسف: عليه اليمين ما كان هذا فيما قبض.

١٦٥٠٣- وإذا كفل بنفس رجل على أنه إن لم يواف به غداً، فعليه المائة التي له عليه، واشترط الكفيل على الطالب، وقال للطالب: إن لم توافني في المسجد غداً حتى أدفعه إليك، فأنا بريء منه، فاختلفا بعد الغد، فقال الكفيل: وافيت به غداً في المسجد، ولم توافني أنت، فلم يلزمني المال، وبرئت عن الكفالة بالنفس، وقال الطالب: وافيت أنا، ولم توافني به أنت، فلزمك المال، وبقيت كفيلاً بالنفس، يجب أن يعلم بأن هنا أحكاماً ثلاثة: الكفالة بالنفس، وإنها مرسلة، والكفالة بالمال، وإنها معلقة بعدم موافاة المكفول به غداً في المسجد لا بعدم الدفع إلى الطالب؛ فإنه قال: إن لم أواف به غداً، ولم يقل: إن لم أوافك به غداً، والبراءة عن الكفالة بالنفس، وإنها معلقة بعدم حضور الطالب في المسجد غداً، وبحضور الكفيل المكفول به في المسجد غداً، فإنه كفل بنفسه على أنه إذا لم يواف به المسجد غداً، فعليه المال على أن الطالب إن لم يواف المسجد غداً ليقبضه منه، فهو بريء من الكفالة بالنفس، فقد علق البراءة عن الكفالة بعدم موافاة الطالب المسجد بعد ما ذكر موافاته بالمطلوب المسجد غداً، فصار شرط براءة الكفيل عن الكفالة بالنفس عدم موافاة الطالب المسجد، وموافاة الكفيل المسجد من هذا الوجه.

إذا ثبت هذا، فنقول: إن قامت لهما بينة لا يلزم الكفيل المال، ويبقى كفيلاً بالنفس متى لم تشهد الشهود أنه دفع المكفول به إلى الطالب؛ لأنه ثبت موافاتهما المسجد بحكم الشرع، ولم يثبت دفع الكفيل المكفول به إلى الطالب ليبرأ عن الكفالة

بالنفس بحكم تسليم النفس، فبقي كفيلاً بتسليم النفس بهذا. وإن قامت لأحدهما بينة إن قامت للكفيل برئ الكفيل عن الكفالتين، وإن قامت للطالب لزم الكفيل المال، ويبقى كفيلاً بالنفس، وإن لم تقم لهما بينة يحلف كل واحد منهما على دعوى صاحبه؛ لأن كل واحد منهما ادعى على صاحبه معنى لو أقر به يلزمه، فإذا أنكر يستحلف على دعوى صاحبه، رجاء النكول، فبعد ذلك، المسألة على ثلاثة أوجه: إما أن حلفا، وفي هذا الوجه لزم الكفيل المال، ويبقى كفيلاً بالنفس؛ لأنهما لما حلفا لم يثبت موافاة الكفيل المكفول به في المسجد غداً، ولا موافاة الطالب، فقد شرط ثبوت الكفالة بالمال، ولم يوجد شرط براءة الكفيل عن الكفالة بالنفس، وأما أن نكلا، وفي هذا الوجه لا يلزم الكفيل المال؛ لأنهما لما نكلا ثبت موافاتهما المسجد، فلم يوجد شرط الكفالة بالمال أصلاً، ويبقى الكفيل كفيلاً بالنفس؛ لأنه لم يكمل شرط البراءة عن الكفالة بالنفس؛ لأن شرطها عدم موافاة الطالب المسجد، وموافاة الكفيل المسجد، وههنا إن ثبت موافاة الكفيل المسجد لم يثبت عدم موافاة الطالب، بل ثبت موافاته بنكول الكفيل، والمعلق بالشرط لا ينزل ما لم يوجد الشرط بكماله.

وإن حلف أحدهما، ونكل الآخر، ففي هذا الوجه ينظر إن حلف الكفيل، ونكل الطالب، ثبت موافاة الكفيل بنكول الطالب، فلم يثبت شرط الكفالة بالمال، فلم يصر كفيلاً بالمال، وبرئ عن الكفالة بالنفس لوجود شرطه بكماله، وهو عدم موافاة الطالب، عرف ذلك بحلف الكفيل، وموافاة الكفيل عرف ذلك بنكول الطالب.

وإن حلف الطالب، ونكل الكفيل، لزم الكفيل المال؛ لأنه وجد شرطه، وهو عدم موافاة المكفول به، ثبت ذلك بحلف الطالب، وبقي كفيلاً بالنفس؛ لأن شرط البراءة عن الكفالة بالنفس وهو عدم موافاة الطالب لم يثبت بنكول الكفيل.

١٦٥٠٤- ولو كفل بنفسه على أنه إن لم يدفعه إلى الطالب غداً، فالمال عليه، فشرط الكفيل على الطالب أنك إن لم توافني غداً لتقبضه مني، فأنا بريء من الكفالة بالمال والنفس، فالتقيا بعد الغد، واختلفا، فقال الطالب: قد وافيتك من الغد، ولم تدفعه إلي، فلزمتك الكفالتان، وقال الكفيل: لم توافني في الغد لتقبضه مني، فأنا بريء من الكفالتين، فالقول قول الكفيل مع يمينه، وكان يجب أن لا يبرأ الكفيل، ويلزمه

الكفالتان، كما في المسألة الأولى، فإن في المسألة الأولى الكفيل كما علق البراءة عن الكفالة بالنفس بشرطين: بعدم موافاة الطالب وموافاة الكفيل، ففي هذه المسألة: علق البراءة عن الكفالة بالنفس بشرطين أيضاً: بعدم موافاة الطالب، ودفع الكفيل المكفول به إليه، فإنه قال: لم يوافني ليقبضه مني بعد ما ذكر دفعه في الغد، فيتعلق البراءة بدفع الكفيل، وعدم موافاة الطالب ليقبضه منه، وصار تقدير كلام الكفيل إن لم يواف المسجد غداً لتقبضه مني، فقد دفعته إليك، فأنا بريء من الكفالتين، كما صار تقدير كلام الكفيل في المسألة الأولى: إن لم يواف المسجد غداً لتقبضه مني، فقد وافيت به المسجد غداً، فأنا بريء من الكفالتين. وإذا تعلقت البراءة بالشرطين هنا، فنقول: إن ثبت عدم موافاة الطالب بقول الكفيل؛ لأن العدم أصل لم يثبت دفع الكفيل؛ لأنه أمر حادث.

والجواب: وهو الفرق بين المسألتين أن في المسألة الأولى الكفيل علق البراءة عن الكفالة بالنفس بالشرطين، وأمكن مراعاة الشرطين؛ لأنه يتصور موافاة الكفيل المسجد غداً، وعدم موافاة الطالب المسجد غداً؛ فما فتا كذلك، فإذا وجد أحدهما دون الآخر لا تثبت البراءة عن الكفالة بالنفس، وهنا في مسألتنا تعذر مراعاة الشرطين؛ لأن الدفع إلى الطالب مع عدم موافاة الطالب لا يتصور، فعلقنا البراءة بشرط واحد، وهو عدم موافاة الطالب في الغد، لا غير، وذلك قد ثبت بقول الكفيل؛ لأن العدم أصل، فكان متمسكاً بما هو الثابت في الأصل، وإذا ثبت عدم موافاة الطالب، فقد وجد شرط البراءة عن الكفالتين، فبرئ الكفيل عن الكفالتين، فهذا هو الفرق.

١٦٥٠٥ - وإذا كفل بنفس رجل على أنه إن لم يواف به غداً، فعليه ما للطالب عليه من شيء، فلم يواف به في الغد، وقال الكفيل بعد ذلك: لا شيء لك عليه، وادعى الطالب عليه مالاً، فالقول قول الكفيل مع يمينه، وكان يجب أن لا يقبل قوله؛ لأنه كفل بماله عليه من شيء، وهذا إقرار بوجوب شيء عليه، فإذا أنكر بعد ذلك وجوب شيء عليه، فقد صار متناقضاً، ألا ترى أنه لو قال: إن لم أوافك به غداً، فعلي ما عليه من ألف درهم، أو قال: ما عليه من مال، ثم قال الكفيل: لا شيء لك عليه، لا يصدق الكفيل، إنما لا يصدق لما قلنا.

والجواب: أن قضية القياس ما قلتم، إلا أنا تركنا هذا القياس في هذه الصورة بالعرف، فإن في العرف إذا قيل: أنا ضامن لما لك عليه من شيء، لا يراد به الكفالة بجميع ما لزمه قبل الكفالة، وإنما يراد به الكفالة بما له عليه من شيء إن كان له عليه شيء، ومعناه: لا شيء لك عليه، وإن كان لك عليه شيء فأنا كفيل به، وصار تقدير المسألة بحكم العرف: إن كان لك عليه شيء فأنا كفيل به، ولو صرح بذلك، ثم قال: لا شيء لك عليه، كان القول قوله، وقيل: هذا العرف لا يوجد فيما إذا قال: ضمنت ما عليه من الألف درهم، أو قال: من المال، فيعمل فيه قضية القياس.

١٦٥٠٦ - وإذا كفل رجل لرجل عن رجل بمال مسمى، وأدى الكفيل المال إلى صاحبه، ثم أراد أن يرجع على المكفول عنه، فجحد أن يكون أمره بالكفالة، وأن يكون لفلان عليه شيء، فأقام الكفيل البينة عليه أن لفلان عليه هذا المال، وأن هذا أمره أن يضمنها لفلان، وأنه قد أداها إلى فلان، فالقاضي يقبل بينته، ويقضي له بالمال على المكفول عنه، وإن كان هو بهذه البينة يثبت الدين لفلان، وفلان غائب؛ لأن الكفيل انتصب خصمًا عنه في إثبات الحق له من حيث الحكم؛ لأنه ادعى حقًا على الحاضر، وهو المكفول عنه، ولا يمكنه إثبات ذلك عليه إلا بإثبات حق الغائب، فينتصب المدعي خصمًا عنه في إثبات الحق له، كما لو ادعى حقًا على حاضر بسبب يدعيه على الغائب، فإن الحاضر ينتصب خصمًا عن الغائب في الإنكار، فكذا في حق الإثبات للغائب ينتصب المدعي خصمًا عنه، فإن استوفاه ثم حضر المكفول له، وادعى المال، وجحد القبض، لم يلتفت إلى جحوده، وبينة الكفيل بالقبض جائزة عليه؛ لأن الكفيل ادعى الرجوع على الحاضر، ولا يمكنه الرجوع عليه إلا بعد إثبات الأمر بالكفالة، والإيفاء إلى الغائب، فانتصب المكفول عنه خصمًا في إثبات الإيفاء إلى الغائب، كما انتصب خصمًا له في إثبات الأمر عليه.

وذكر في المنتقى: رواية [illegible]: أن الرجل إذا غاب عن امرأته، فأتاها رجل، وأخبرها أن زوجها قد طلقها، أو وكله بأن يزوجها منه، ويضمن المهر، ففعل ذلك، ثم رجع الزوج، وأنكر طلاقها، وأن يكون أمر هذا الرجل بشيء، فإن القول قوله، وليس للمرأة على الكفيل شيء في قول أبي يوسف؛ لأن الطلاق لما لم يثبت كان النكاح باطلا، والكفالة بالمهر ثابتة عليه كذلك، فلو أقام الكفيل بينة على الزوج بما ادعى من

الطلاق، وتوكيله إياه بالعقد، وأمره بالضمان للمهر، قبلت بينته، وكان لها أن ترجع بالمال على الكفيل، ثم يرجع الكفيل على الزوج، وإن شاءت رجعت على الزوج؛ لأن الكفيل ادعى الرجوع على الزوج، ولا يمكنه ذلك إلا بعد إثبات هذه الأشياء عليه، فانتصب خصمًا في إثبات ذلك كله عليه - والله أعلم -.

الفصل السادس عشر
في الجمع بين الكفالة والوكالة في الخصومة

١٦٥٠٧ - وإذا كفل بنفس رجل على أنه إن لم يواف به غداً، فهو وكيل في خصومته، ضامن لما ذاب عليه، ورضي به المطلوب، فذلك جائز كله؛ لأنه علق الوكالة بالخصومة والكفالة بالمال بعدم موافاة المكفول به، والوكالة تقبل التعليق بالشرط مطلقاً، والكفالة تقبل التعليق بشرط للناس فيه تعامل، وتعليق الكفالة بالمال بعدم موافاة النفس متعامل، ثم شرط رضي المطلوب، وإنما شرط رضاه لصحة الوكالة عنه لا لصحة الكفالة بالمال؛ لأن الكفالة بالمال من غير رضى المكفول عنه صحيحة، أما الوكالة عنه بالخصومة من غير رضاه لا يجوز، فإن أوفى به في الغد، فهو بريء من ذلك كله، وإن لم يواف به في الغد صار كفيلاً بالمال، ووكيلاً في الخصومة، فإن سلم المكفول به بعد ذلك، برئ عن الكفالة بالنفس، وهل يبرأ عن الوكالة بالخصومة وعن الكفالة بالمال، فلا شك أنه لو لم يشترط براءته عنهما متى وافى به أنه لا يبرأ، وإذا شرط براءته عنهما يبرأ عن الكفالة بالمال، ولا يبرأ عن الوكالة بالخصومة؛ لأن تعليق البراءة عن الكفالة بموافاة النفس جائز على ما مر، فأما تعليق البراءة عن الوكالة بالخصومة فغير جائز؛ لأنه تعليق العزل، والحجر بالشرط، وذلك باطل.

ولو قدم الوكالة في هذه الصورة بأن قال المطلوب: هذا وكيلي في خصومة ما بيني وبينك ضامن لما ذاب لك علي على أنه إذا وافى بي غداً يدفعني إليك، فهو بريء من ذلك كله، فهذا جائز، لم يرد بقوله، فهذا جائز جواز تعليق البراءة عن الكفالة بالمال، وعن الوكالة بالخصومة، وإنما أراد به جواز تعليق البراءة عن الكفالة بالمال لا غير؛ لأن تعليق البراءة عن الكفالة بالمال بشرط متعامل جائز، أما تعليق البراءة عن الوكالة بالشرط لا يجوز.

١٦٥٠٨ - ولو كفل بنفسه على[١] أنه إن لم يواف به غداً فلان رجل آخر وكيل في

---

(١) هكذا في نسخة، وكان في ظ ... على.

خصومته ، فما قضي به عليه فعلى فلان رجل آخر ضامن له ؛ ورضوا به ، فهذا جائز ؛ لأنه اتحد الطالب والمطلوب في الكفالتين ، إنما اختلف الكفيل ، وذلك غير مانع .

١٦٥٠٩ – ولو كفل بنفس رجل على أنه إن لم يواف به غداً ، فهو وكيل في خصومته ، ورضي المطلوب بذلك ، فلم يواف به في الغد ، فهو وكيل بالخصومة ، فإن قضي عليه بشيء لم يلزم الكفيل ؛ لأن الكفيل قبل الوكالة إنما ما التزم المال ، فإن قضى الكفيل الطالب حقه ، فللطالب أن لا يقبل ذلك منه ؛ لأنه متبرع في الأداء ، ومتى قبل منه لا يرجع على المطلوب بذلك ؛ لأنه قضى دينه بغير أمره .

١٦٥١٠ – ولو كفل بنفس رجل إلى أجل مسمى على أنه إن لم يواف به ، فهو ضامن لما ذاب عليه ووكيل في خصومته ، فرضي المطلوب بذلك ، فأراد الطالب أن يأخذ الكفيل بالكفالة بالنفس قبل الأجل ، فليس له ذلك ، وهذا ظاهر الرواية ؛ لأن ضرب الأجل لتوسيع الأمر على الكفيل ، فلا يتضيق الأمر عليه قبل مضي الأجل ، ألا ترى أنه لو كفل بمال إلى أجل ، لا يكون للطالب أن يطالب الكفيل قبل مضي الأجل ، وطريقه ما قلنا ، وليس له أن يخاصمه قبل مضي الأجل أيضاً ؛ لأن الوكالة بالخصومة بناء على عدم الموافاة المستحقة بحكم الكفالة ، وذلك لا يكون إلا بعد مضي الأجل .

١٦٥١١ – ولو كفل رجل بنفس رجل ، وجعله المكفول به وكيلاً بالخصومة ضامناً لما ذاب عليه ، ورضي الكفيل بذلك ، ثم مات الكفيل ، فلا خصومة بين الطالب وبين ورثة الكفيل ؛ لأن الوكالة تبطل بموت الوكيل ، فإن وجد الطالب المكفول به ، وخاصمه إلى القاضي ، فما قضي له عليه بشيء كان في مال الكفيل ؛ لأن الكفالة بالمال لا تبطل بموت الكفيل ، ولكن لابد من خصومة الطالب مع المطلوب ، وإثبات الطالب حقه بالحجة ، وقضاء القاضي بذلك ؛ لأن الكفالة حصلت بما ذاب له على فلان ، وإنما يتحقق الذوب بما قلنا ، ويكون الطالب بعد ذلك بالخيار ، إن شاء اتبع المطلوب ، وإن شاء اتبع تركة الكفيل ، فإن اختار اتباع المطلوب ، وأدى المطلوب المال ، فالمطلوب لا يرجع بما أدى على أحد ، وإن اختار اتباع تركة الكفيل فأدوا ، رجعوا بما أدوا على المطلوب ؛ لأن الكفالة بالمال حصلت بأمره .

١٦٥١٢ – وإذا كفل بنفس رجل على أنه إن لم يواف به غداً فهو ضامن لما ذاب

عليه، ووكيل بالخصومة، فلم يواف به غداً، لا شك أنه يصير كفيلاً بالمال، وهل يصير وكيلاً بالخصومة، فهذا على وجهين: إما أن قال: فهو وكيل بالخصومة، ولم يزد عليه، وفي هذا الوجه لا يصير وكيلاً؛ لأن المعلق بالشرط عند وجود الشرط كالمرسل، ولو أرسل الوكالة بالخصومة بأن قال: وكلتك بالخصومة، ولم يزد على هذا، لا يصير وكيلاً؛ لأنه لا يدري من يخاصم، وفيماذا يخاصم، ويقع التفاوت[1] في الخصومة باختلاف أجناس ما يقع فيه الخصومة وباختلاف الأشخاص أيضاً، فيكون الموكل به مجهول الجنس على هذا الاعتبار، وإنه مانع صحة الوكالة إذا لم يفوض المشيئة إلى الوكيل.

وأما إذا قال: جعلتك وكيلاً بخصومة ما بيننا، أو قال في الخصومة التي بيننا، أو قال: في خصومة ما بيننا، ذكر الشيخ الإمام الزاهد أحمد الطواويسي والشيخ الإمام خواهر زاده: أنه يصير وكيلاً؛ لأنه لو أرسل الوكالة على هذا الوجه، يصير وكيلاً؛ لأنه أضاف الوكالة إلى الخصومة الواقعة بينهما، وإنها معلومة فيما بينهما، هكذا إذا علقها بالشرط، فوجد الشرط.

وذكر شمس الأئمة السرخسي: أنه لا يصير وكيلاً، فكأنه لم يصحح الوكالة بهذا اللفظ إذا كانت مرسلة؛ لأنه لم يبين في أي خصومة وكله، والخصومات في نفسها متفاوتة، وعسى يكون بينهما خصومات أخرى سوى هذه، ولم يفوض الأمر إلى مشيئته، فكان الوكيل عاجزاً عن تحصيل مقصود الأمر، وفي مثل هذه الصورة لا تصح الوكالة.

---

(١) هكذا في ظ، ب، وكان في الأصل: الاختلاف.

الفصل السابع عشر

في مباشرة العقود بشرط الكفالة

٦٥١٣ - يجب أن يعلم أن العقود التي يشترط فيها الكفالة أقسام ثلاثة.

قسم: إذا كان الكفيل غائبًا، وفي المكفالة أو لم يقبل، أو كان حاضرًا ولم يقبل، فإنه يفسد قياسًا واستحسانًا، وإن كان حاضرًا وقبل، يصح استحسانًا، وذلك كل عقد تبطله الشروط الفاسدة، نحو البيع والإجارة والسلم، وقسم: لا يفسد بشرط الكفالة فيه، سواء كان الكفيل حاضرًا أو غائبًا قبل، أو لم يقبل، وذلك كل عقد لا تبطله الشروط الفاسدة، نحو القرض والعتق على مال، والنكاح والصلح عن دم العمد، إلا أنه إذا لم يقبل الكفيل الكفالة، لا تثبت الكفالة، وإذا قبل تثبت، فأما العقد لا يفسد باشتراط الكفالة في الأحوال كلها.

وقسم: إذا شرط فيه الكفالة، وقبل الكفيل، يصح سواء كان الكفيل حاضرًا أو غائبًا، وإذا لم يقبل لم يصح، وذلك رجل له على رجل ألف درهم حالة من ثمن بيع أو سلم، وسأله أن يجعله نجومًا(١) على أن يكفل به فلان، ففي: إن قبل الكفالة صح التأجيل، سواء كان الكفيل حاضرًا أو غائبًا، وإن لم يقبل لا يصح التأجيل، وذلك لأن التأجيل يعطيه فضلاً يشبه النكاح من وجه، ويشبه البيع من وجه، يشبه النكاح من حيث إن الطالب يحصل لنفسه بإزاء هذا الشرط لا [illegible] قابلة بالميسر بماله، وهو التأخير، ويشبه البيع من وجه من حيث إن التأجيل يحتمل الفسخ بعد وقوعه، فإن الغريم إذا لم يقبل بطل الأجل، وكان من هذا الوجه كالبيع، فوفرنا على الشبهين حظهما، فقلنا: [illegible] والنكاح يجوز إذا حصل المؤخر شرطه بأن قبل الكفيل الكفالة، ولشبهه بالبيع قلنا إنه لا يجوز إذا لم يحصل للمؤجل شرطه بأن لم يقبل الكفيل الكفالة عملاً بالشبهين بقدر الإمكان، فإذا أعطى المطلوب الطالب كفيلا

(١) هكذا في [illegible] بالأصل، وكذا [illegible] فعرفت.

بالمال على أن جعل له أجلا معلومًا، فهو جائز في الديون كلها، ويصير مؤجلًا إلا في القرض، فإن القرض حالّ على الأصيل. لا يلزم فيه الأجل كالعارية، وهو مؤجل على الكفيل؛ لأن المال لا يجب على الكفيل بالقرض؛ وإنما يجب بالكفالة، والواجب بالكفالة يقبل الأجل.

الفصل الثامن عشر
في الكفالة مع الجهالة

١٦٥١٤- وإذا كفل رجل لرجلين، فقال: كفلت لهذا بماله على فلان، وهو ألف درهم، أو لهذا بماله على فلان الآخر، فهو باطل؛ لأن المكفول له مجهول.

١٦٥١٥- ولو قال لرجل: كفلت لك بمالك على فلان، أو بمالك على فلان الآخر جاز، ويكون للكفيل الخيار، وإن كان المكفول عنه مجهولاً، فقد جعل جهالة المكفول له مانعة جواز الكفالة، ولم يجعل جهالة المكفول عنه مانعة. والفرق: أن الكفالة في حق الطالب بمنزلة البيع حتى لا يصح من غير قبوله كالبيع لا يصح من غير قبول المشتري. وفي حق المطلوب بمنزلة الطلاق والعتاق حتى يصح من غير قبوله، كما يصح الطلاق والعتاق من غير قبوله أصلاً. وإذا كان بمنزلة البيع في حق الطالب، كان جهالة البائع مانعة جوازها، كما أن جهالة المشتري مانعة جواز البيع، وإذا كانت بمنزلة العتق والطلاق في حق المطلوب، لم يكن جهالة المطلوب مانعة، كما أن جهالة المعتق لا تمنع جواز العتق.

١٦٥١٦- ثم فرق بين جهالة المكفول عنه في الكفالة المرسلة وبين جهالة المكفول عنه في الكفالة المضافة، فإن جهالة المكفول عنه في الكفالة المضافة مانعة جواز الكفالة حتى إن من قال لغيره: كفلت لك بما بايعت أحداً من الناس، كانت الكفالة باطلة، والوجه في ذلك أن في الكفالة المضافة ما يمنع جوازها لجهالة المكفول عنه، وهو الأجل الإضافة، فإن إضافة الكفالة إلى وقت في المستقبل تأباها القياس؛ لأنها تمليك في حق الطالب، وإنما جوزت استحساناً لتعامل الناس، والتعامل فيما إذا كان المكفول عنه معلوماً، فإذا كان مجهولاً تبقى على أصل القياس. وإذا كفل لغيره بنفس فلان، أو بـ عليه، فالكفالة جائزة؛ لأنها لو لم تجز لجهالة المكفول به؛ لأن المكفول عنه معلوم، إلا أن جهالة المكفول عنه، وإن فحشت لا تمنع صحة الكفالة.

١٦٥١٧- وإذا قال الرجل لغيره: كفلت لك بنفس فلان، فإن لم أوافك به غداً،

فعلى ما عليه، وهو ألف درهم، أو بنفس فلان الآخر، فإن لم أوافك به غداً، فعليّ ما عليه، وهو مائة دينار، فذلك جائز؛ لأن الجهالة في المكفول عنه، لا في المكفول له، وجهالة المكفول عنه لا تضر، بعد ذلك ينظر إن وافى بأحدهما في الغد، فقد برئ عن الكفالات كلها؛ لأن الكفالة بالنفس إنما صحت بأحدهما، إلا أن له الخيار يصرف الكفالة إلى أيهما شاء، فمتى وافى بأحدهما، فقد صرف الكفالة إلى الذي وفى به، فتعين هذا بالموافاة، وصار كأنه من الابتداء لم يكفل إلا بهذا، وعلق الكفالة بالمال بعدم الموافاة في الغد، ولو كان كذلك إذا وافى به في الغد، برئ عن الكفالتين، فكذا هنا.

فأما إذا لم يواف بأحدهما حتى مضى الغد، فإنه يلزمه الكفالة بالمال عن أحدهما، وله الخيار؛ لأنه علق الكفالة بالمال عن أحدهما بعدم موافاة أحدهما في الغد، فإذا لم يواف بأحدهما في الغد، فقد وجد شرط وجوب الكفالة بالمال، فيلزمه ذلك، وله الخيار؛ لأن الإبهام منه، ألا ترى أن الكفالة على هذا الوجه لو كانت مرسلة، كان الكفيل بالخيار، وطريقه ما قلنا، وسيأتي من جنس هذه المسائل في فصل المتفرقات - إن شاء الله تعالى -.

الفصل التاسع عشر

في كفالة المريض وموت الكفيل المريض مرض الموت

١٦٥١٨- إذا كفل عن رجل بمال، فإن كان عليه دين يحيط بماله، فالكفالة كلها باطلة، وإن لم يكن عليه دين، جازت الكفالة بقدر الثلث ؛ لأن الكفالة تبرع ، وتبرع المريض إذا كان عليه دين يحيط بجميع ماله باطل، وإن لم يكن عليه دين صح بقدر الثلث ، فكذا الكفالة.

وإن كفل لوارث ، أو عن وارث ، لا يصح أصلاً ، أما إذا كفل للوارث ، فلأنه تبرع في حق الوارث من كل وجه ، وأما إذا كفل عن الوارث ، فلأنه تبرع في حق الوارث من وجه ؛ لأن بالكفالة تعلق المطالبة في حق الأصيل[1].

١٦٥١٩- وإن كفل المريض عن رجل بألف درهم ، ولا دين عليه، ثم أقر بدين محيط بماله لأجنبي ، ثم مات الكفيل ، كان المقر له أولى بتركة الكفيل من المكفول له ؛ لأن إقراره بالدين للأجنبي قد صح ، وظهر أنه تبرع في مرض موته ، وعليه دين ، والدين مقدم على التبرع ، فإن كانت تركته أكثر من الدين الذي أقر به ، ينظر إن كانت الكفالة تخرج من ثلث ما بقي بعد الدين صحت كلها ، وإن لم تخرج كلها من ثلث ما بقي ، تصح بقدر ثلث ما بقي ، وإن كانت الكفالة عن وارث ، أو لوارث لا تصح أصلاً ، فإن اقتضى المكفول له شيئاً من المريض ، ثم مات المريض ، إن كانت الكفالة لوارث ، أو عن وارث يسترد كله من المكفول له ، وإن كانت الكفالة لأجنبي ، ولا دين على المريض، فإنه يأخذ منه الثلثان ، كما لو أوصى له ، أو وهب له ، ثم مات ولا دين عليه، فإنه يسلم له الثلث، ويسترد منه الثلثان، فههنا كذلك.

١٦٥٢٠- وإذا أقر المريض أنه كفل لهذا بكذا في حالة الصحة ، فإن كان عليه دين محيط بماله لا يصح إقراره ، سواء كان عليه دين الصحة أو دين المرض ؛ لأن الاستناد إلى حالة الصحة لا يثبت بمجرد إقراره لما فيه من إبطال حق الغرماء ، وإذا لم يثبت الإسناد إلى

---

(١) وفي الأصل: الأصل مكان الأصيل.

حالة الصحة، كان هذا كفالة المريض. وكفالة المريض إذا كان عليه دين محيط بماله، لا يصح أصلاً.

وإن لم يكن عليه دين يعتبر من جميع المال إذا لم يكن لوارث، ولا عن وارث، وهذا لما عرف في كتاب الإقرار أن حق الورثة إنما يتعلق بمال المريض في حق الأجانب بقدر الثلثين، وأما الثلث فخالص حق المريض، فصح الإسناد إلى حالة الصحة بقدر الثلث، وإذا صح الإسناد بقدر الثلث ظهر أن هذا الثلث لم يكن له، فصح بقدر ثلث ما بقي، ثم وثم إلى أن يأتي على جميع المال، وبهذا الطريق جوزنا إقرار المريض للأجنبي بجميع المال، وإذا صح الإسناد صح من جميع المال، كما لو أقر بدين آخر، أما حق الغرماء متعلق بجميع المال، فلا يصدق في الإسناد إلى حالة الصحة في شيء من المال، وجعل كأنه إنشاء الكفالة في المرض، وعليه دين محيط بماله، وإذا كفل في الصحة لرجل بما يقر له فلان، ثم مرض وعليه ديون تحيط بماله، ثم أقر المكفول عنه أن لفلان عليه دين كذا، لزم الكفيل ذلك، ويكون ذلك من جميع ماله. وإن وجب هذا الدين بسبب الكفالة في حالة المرض؛ لأن سببه كان منعقداً في حالة الصحة؛ لأن السبب إذا كان مضافاً يعتبر منعقداً في الحال، ويكون الحكم متأخراً كالعقد المضاف، والدين متى وجب في حالة المرض بسبب وجد في حالة الصحة يكون له حكم دين الصحة، كما لو باع عيناً على أنه بالخيار، وجاءني وهو صحيح ثم مرض.

وكذلك إن أقر بعد موته، فإن المقر له يحاص غرماء الكفيل بذلك؛ لأن أصله كان في الصحة، وكذلك لو كان كفل بما ذاب لفلان على فلان، أو بما قضي له عليه أو بما صار له عليه.

وكذلك إذا كان ذلك لوارث أو عن وارث؛ لأن أصله كان في الصحة، وهو بمنزلة ضمان الدرك، فإنه لو كفل في حالة الصحة بما أدركه من درك في دار اشتراها، ثم استحقت الدار في مرض الكفيل، أو بعد موته، فإن المشتري يضرب مع غرماء الكفيل فيه بالثمن؛ لأن أصله كان في الصحة.

١٦٥٢١ - قال محمد في «الجامع»: رجل مريض وابن المريض كفيل للمريض عن غريم للمريض عليه مال كثير، فأبرأ المريض الابن عن الكفالة ومات، فالإبراء

صحيح؛ لأن المريض كالصحيح فيما لا يتعلق به حق الغرماء والورثة، وحق الغرماء والورثة لا يتعلق بالكفالة بالنفس؛ لأن المستحق بالكفالة بالنفس موافاة نفس المكفول به، وإنها ليست بمال، وحق هؤلاء لا يتعلق بما ليس بمال، وإن كان الابن قد كفل بالغريم على أنه إن لم يواف به في يوم كذا، فعليه ما على الغريم من المال، فلم يواف به في ذلك اليوم حتى صار الابن كفيلا بالمال، أو كفل بالمال ابتداء غير معلق، ثم إن المريض أبرأه عن الكفالة بالمال، لا يجوز الإبراء عنها إلا بإجازة باقي الورثة؛ لأن الإبراء حصل عما يتعلق بها حق الورثة والغرماء؛ لأن المستحق بها مال يجري فيه سهام الورثة، والمريض متى تبرع على بعض ورثته بما يتعلق به حق الغرماء والورثة يقف ذلك على إجازة بقية الورثة، وإذا كفل المريض بمال، ولا دين عليه، ثم استدان دينا محيطا بماله، ثم مات، فالكفالة باطلة؛ لأن ما لزم المريض من الدين بسبب معاين بمنزلة دين الصحة، وقد بينا أن الكفالة في المرض، لا يصح إذا كان على المريض دين محيط.

١٦٥٣٦ - وإذا مات الكفيل بالمال، وعليه ديون سوى دين المكفول له، فإن المكفول له يضرب في تركة الغريم مع سائر غرمائه بالحصص؛ لأن دين المكفول به يساوي دين سائر الغرماء؛ لأن الكل ديون الصحة، فإن كان دين المكفول له ألف درهم مثلا، فضرب في تركة الميت مع غرمائه، فأصابه خمسمائة، ثم مات المكفول عنه ضرب المكفول له في تركة المكفول عنه مع سائر غرمائه بما بقي من حقه، وذلك خمسمائة، ويضرب ورثة الكفيل في تركة المكفول عنه بخمسمائة؛ لأنهم أدوا عنه خمسمائة، ثم ننظر أن كان المكفول له، كم نال من التركتين؟ فإن نال مثلا تسعمائة كان الباقي من حقه مائة يضرب بذلك مع سائر غرمائه، أي الكفيل بما بقي من حقوقهم في الخمسمائة التي أخذها ورثة الكفيل من تركة المكفول عنه؛ لأن الخمسمائة التي أخذها ورثة الكفيل زيادة مال ظهر للكفيل، فيقسم بين سائر غرمائه وبين المكفول له بالحصص.

الفصل العشرون

فيما يكون الرجل فيه خصماً من الكفالة

١٦٥٢٣ - قال محمد في "الجامع": رجل ادعى على رجل أنه كفل له عن فلان بألف درهم له عليه بأمره، وجحد الكفيل ذلك، فأقام المدعي بينة على دعواه، فالقاضي يقضي بالألف على الكفيل؛ لأنه ادعى لنفسه ديناً بسبب الكفالة، وقد أثبته بالحجة، ويكون ذلك قضاء على المكفول عنه الغائب حتى لو حضر، وأنكر لم يحتج إلى إعادة البينة عليه؛ لأن المدعي لما كان خصماً للكفيل في إثبات حقه عليه، كان خصماً في إثبات سببه، ومن حقه بهذا الحق سببان، وهو الكفالة بأمره، والشهود شهدوا كذلك، والقضاء إنما يكون على موافقة الدعوى والشهادة، فيقع القضاء بالكفالة بالأمر، والأمر بالكفالة بالألف التي عليه إقرار بالألف، والكفيل انتصب خصماً عن الغائب في إنكار الأمر إذا أنكر وجوب الحق على نفسه بهذا السبب، فتعدى القضاء إلى الغائب من هذا الوجه، وإن حضر الغائب قبل دفع الكفيل إلى المدعي، كان للمدعي الخيار إن شاء طالب الكفيل، وإن شاء طالب الأصيل، وإذا أدى الكفيل رجع بما أدى على الأصيل، ولا يحتاج إلى إعادة البينة، ولا يكون للأصيل أن يحتج عليه بجحوده الأمر بالكفالة لجريان الحكم، بخلاف ما زعم الكفيل.

ولو أن المدعي ادعى الكفالة، ولم يدع الأمر، فقضى القاضي على الكفيل بالمال، ولا يكون ذلك قضاء على الغائب حتى لو حضر الغائب، لم يكن لأحد عليه سبيل إلا بعد إعادة البينة عليه؛ لأن الشهود شهدوا بأصل الكفالة، أما ما شهدوا بالأمر، فالقضاء يكون بأصل الكفالة أيضاً، وليس من ضرورة الكفالة بغير أمر الأصيل وجوب المال على الأصيل، فلم ينتصب الحاضر خصماً عن الغائب، فلا يتعدى القضاء إلى الغائب، ولا كذلك الفصل الأول على ما ذكرنا.

١٦٥٢٤ - وفي "الجامع" أيضاً: رجل ادعى على رجل أنك كفلت لي عن فلان بأمره بكل ما لي قبله ولم يفسر المال، بل أطلق وأبهم، وجحد الكفيل ذلك، فأقام

المدعي بينة على الكفالة بأمر فلان، وأن له على فلان ألف درهم، كانت تبني الكفالة، قبلت البينة، وقضي بالمال على الكفيل، ويكون ذلك قضاء على المكفول عنه الغائب حتى لو حضر كان مطالبًا بالمال. أما من جهة الطالب إن لم يقبض الطالب من الكفيل، أو من جهة الكفيل إن قبض الطالب من الكفيل، وكذلك إن لم تشهد الشهود أن الكفالة كانت بأمر المكفول عنه، فالقاضي يقضي بالمال على الكفيل وعلى المكفول عنه، لكن لا يقضي بالأمر حتى لا يرجع الكفيل على الأصيل بما أدى.

فرق بين هذا وبين الفصل الأول، فإن هناك إذا لم يشهد الشهود أن الكفالة كانت بأمر المكفول عنه، فالقاضي يقضي بالمال على الكفيل دون المكفول عنه. والفرق: أن الحاضر إنما ينتصب خصمًا عن الغائب إذا لم يمكن إثبات ما يدعيه على الحاضر، إلا بإثبات ما يدعيه على الغائب، أما إذا أمكن فلا، ففي الفصل الأول إذا لم يدع الأمر أمكن إثبات ما يدعيه على الحاضر الألف بسبب الكفالة، وقول الكفيل: كفلت لك عن فلان بالألف التي لك عليه إقرار من الكفيل بوجوب الألف، ولهذا كان لصحة القضاء بالدين على الكفيل، فلا ضرورة إلى إثبات شيء آخر، فلا ينتصب الحاضر خصمًا عن الغائب، أما في الفصل الثاني لا يمكن إثبات ما يدعيه على الحاضر، إلا بإثبات ما يدعيه على الغائب؛ لأن قول الكفيل: كفلت لك بكل ما لك عليه ليس إقرارًا من الكفيل بوجوب شيء عليه؛ لأنه لم يقدره بشيء معلوم، وصار تقديره كفلت لك بكل ما لك عليه إن كان لك عليه شيء، فكانت الكفالة متعلقة بوجوب المال على الأصيل، فما لم يثبت القضاء على الأصيل لا يثبت الوجوب على الأصيل، وما لم يثبت الوجوب على الأصيل، لا يوجد شرط صحة الكفالة، فلا تثبت الكفالة، وإن لم يمكن إثبات الدين على الكفيل في هذا الفصل إلا بإثبات الدين على الغائب، انتصب الحاضر خصمًا عن الغائب، فيتعدى القضاء إلى الغائب، ويصير الفصل الثاني حيلة في إثبات الدين على الغائب إذا خاف الطالب موت الشهود قبل رجوع المطلوب، فيتواضع مع رجل، ويدعي عليه مثل هذه الكفالة، فيقر المدعى عليه بالكفالة، وينكر وجوب المال على الأصيل، فيقيم المدعي البينة على ذلك، ويقضي بالمال على الكفيل، وعلى الأصيل جميعًا، وكل جواب عرفته في الكفالة، فهو الجواب في الحوالة، وفي الكفالة بشرط

براءة الأصيل؛ لأن الكفالة بشرط(١) براءة الأصيل حوالة.

وكذلك إذا ادعى عليه أنك ضمنت لي ما بايعت به فلاناً من شيء، وقد بعت منه كذا وكذا بكذا، وأنكر المدعى عليه الضمان والمبايعة أو أنكر أحدهما، وأقام المدعي بينة على دعواه، قضى بالمال على الضامن، ويكون ذلك قضاء على الغائب، وهذا الفصل من كتاب الأقضية.

١٦٥٢٥ - وفيه أيضاً: لو أن رجلاً قال لغيره: اضمن لفلان ما بايعني به من شيء، فضمن له ذلك، ثم إن الضامن أقام بينة على المضمون له عنه أن فلاناً المضمون له باع هذا المضمون عنه بألف درهم، وأنك أمرتني بالضمان، وقد أديت ثمن هذا العبد بحكم الضمان، ومات بيده، ويرجع على المضمون عنه، ويكون ذلك قضاء(٢) على المضمون له بالبيع، وأداء الثمن إليه؛ لأن الضامن يدعي لنفسه حق الرجوع على المضمون عنه بسبب أداء ما ضمن عنه إلى المضمون له، ولا يمكنه ذلك الإثبات إلا بعد إثبات الأداء إلى المضمون له، فانتصب خصماً عنه، ويعدى القضاء إليه.

١٦٥٢٦ - وفي نوادر ابن سماعة عن محمد: رجل باع من رجلين متاعاً بألف درهم، وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه، فلقي البائع أحدهما، وأقام عليه البينة أن له على هذا وعلى فلان الغائب ألف درهم، وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه بأمره، قال: يقضى له على الحاضر بألف درهم، خمسمائة منها عليه بالشراء، وهذا ظاهر، وخمسمائة ضمنها عن الغائب؛ لأنه ادعى تلك الخمسمائة لنفسه بسبب الضمان، والإنسان كما ينتصب خصماً في إثبات الحق وإنكاره ينتصب خصماً في إثبات سبب الحق وإنكاره، فالبينة على الضمان قامت عن خصم على خصم، فإن كان لم يأخذ الطالب منه شيئاً حتى حضر الغائب، لا يحتاج إلى إعادة البينة عليه؛ لأنه نفذ القضاء على الغائب بالألف لانتصابه خصماً عنه، ولكن إنما يأخذ الطالب منه خمسمائة لا غير؛ لأنه إنما صار مقضياً عليه بعد الحضور، فلا يرجع عليه بالزيادة.

١٦٥٢٧ - ولو أن رجلاً كفل لرجل عن رجل بمال، ثم إن الطالب لقي الأصيل

(١) هكذا في ظ وف وم، وفي الأصل: يشترط.

(٢) هكذا في م وف، وفي ظ: القضاء، وفي الأصل: العقاء.

قبل أن يلقى الكفيل، فأقام عليه بينة أن له عليه ألف درهم وفلان كفيل بها بأمره، فإنه يقضي له عليه بألف درهم، ولا يقضي له على الكفيل بشيء، حتى لو لقي الكفيل ليس له أن يأخذ منه شيئاً ما لم يعد عليه البينة؛ لأن الأصيل ليس بخصم عن الكفيل في إثبات الكفالة، فلا يصح القضاء، ولا ينفذ عليه مع غيبته، وأوضح ابن سماعة الفرق بين الفصلين، قال: وقد يلزم الذي عليه الأصل، ولا يلزم الكفيل، ألا ترى أنه إذا أبرأ الكفيل، فالمال لازم على الأصيل، وإن لم يكن لازماً على الكفيل، وإذا لم يكن من ضرورة وجوب المال على الأصيل الوجوب على الكفيل، لا ينتصب الأصيل خصماً عنه، ولا يتعدى القضاء إليه، أما لا يجوز أن يلزم[1] الكفيل، ولا يكون لازماً على الأصيل، ألا ترى أنه إذا أبرأ الأصيل برأ الكفيل، وإذا لم يكن بد من وجوب المال على الأصيل حتى يصح القضاء لوجوبه على الكفيل، انتصب خصماً عنه ضرورة، فيتعدى القضاء إليه.

قال ابن سماعة أيضاً عن محمد: أنه قال: ألا ترى أنه لو قال: ما بايعت فلاناً من شيء، فإنه ضامن، فقال الطالب للضمين: قد بايعت فلاناً بيعاً بألف، وأقام على ذلك بينة، أنه يلزم الضمين، ويلزم المشتري أيضاً، ولا يحتاج إلى إعادة البينة على المشتري، وهذا وما سبق[2] سواء، إلا أن ثمة ادعى الكفالة بدين مطلق، وههنا ادعى الكفالة بسبب المبايعة.

١٦٥٢٨ - ولو أن رجلاً ادعى على رجل أنه كفل له هو وفلان غائب بألف درهم عن فلان، وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه، وأقام البينة على ذلك، فإنه يقضي له على الحاضر بألف درهم؛ لأنه ادعى عليه ألف درهم، خمسمائة بالكفالة عن الأصيل، وخمسمائة بالكفالة عن صاحبه، وانتصب خصماً له في إثبات الكفالة عن الأصيل، وعن صاحبه ثانياً، وصار الأصيل وصاحبه مقضياً عليهما بالقضاء على الكفيل حتى لو وجد الطالب الغائب أخذه بالألف، ولا يحتاج إلى إعادة البينة عليه.

فلو ادعى رجل على رجل أنه باعه وفلان ابن فلان الغائب عبداً بألف درهم،

(١) وفي ب: يلزمه.

(٢) هكذا في ظ وف، وكذا في الأصل وم: وما سبق سواء.

وكفل كل واحد منهما عن صاحبه ما عليه من الألف، وأقام البينة عليه، أخذ الحاضر بألف درهم، وإذا حضر الغائب يأخذه بالخمسمائة التي هو أصيل فيها؛ لأنه صار مقضياً عليه فيها بالقضاء على كفيله، ولا يأخذه بالخمسمائة التي ادعى أنه كفيل بها؛ لأنه لم يصر مقضياً عليه فيها بالقضاء على الأصيل على ما مر.

١٦٥٢٩- رجل ادعى على رجل أنك أمرتني أن أكفل عنك لفلان بألف، ففعلت، وقضيت عنك ألفاً كان لفلان عليك. وأنكر المدعى عليه ذلك، وأقام المدعي بينة على دعواه، فالقاضي يقضي للمدعي بالألف على المدعى عليه بثبوت الكفالة عنه بأمره بالبينة العادلة، ويكون ذلك قضاء على الغائب بالقبض حتى لو حضر الغائب، وأنكر القبض، لم يحتج إلى إعادة البينة عليه؛ لأن المدعي ادعى لنفسه حق الرجوع على المكفول عنه، وذلك لا يكون إلا بعد إثبات الأداء إلى الغائب، فانتصب المدعى خصماً عن الغائب، وتعدى القضاء إلى الغائب. وكذلك لو كان المكفول عنه مقراً بالأمر إلا أنه جحد الأداء إلى الطالب، فأقام المدعي بينة على الأداء، كان الجواب كذلك، لما قلنا

الفصل الحادي والعشرون
في الكفالة بالأعيان

١٦٥٣٠ - رجل ادعى عبداً في يدي رجل، وأخذ كفيلاً بنفس المدعى عليه وبنفس العبد، فمات العبد في يدي المدعى عليه، ثم إن المدعي قدم المدعى عليه إلى القاضي، وأقام البينة أن العبد عبده، وعدلت الشهود، فالقاضي يقضي له على المدعى عليه بقيمة العبد؛ لأنه ظهر أن العبد صار مضموناً على المدعى عليه بجحوده ومنعه إياه عن مالكه، وهلاك المضمون في يد الضامن يوجب القيمة، قال: وإن شاء قضى بالقيمة على الكفيل، وكان ينبغي أن لا يقضي بالقيمة على الكفيل؛ لأن الكفالة إنما تصح بما هو مضمون على الأصيل وقت الكفالة، والمضمون على الأصيل وقت الكفالة إحضار العبد ليتمكن المدعي من إثبات حقه بالبينة، لا نفس العبد، فإن بمجرده[1] الدعوى لا يصير نفس العبد مضموناً، وإذا كان هكذا كان الكفيل كفيلاً بإحضار العبد، لا بعين العبد، فكيف يجب عليه قيمته.

قلنا: المضمون على الأصيل وقت الكفالة شيئان: إحضار العبد على الثبات[2]، وضمان نفس العبد على سبيل التوقف إلى أن يقيم المدعي البينة على ملك العبد، فإنه متى أقام البينة على ذلك يظهر أن العبد كان مضموناً عليه، فإذا كفل الكفيل بالعبد مطلقاً، صار كفيلاً بإحضار العبد على سبيل الثبات في الحال، فصار كفيلاً بنفس العبد على سبيل التوقف، فعند إقامة البينة ارتفع التوقف، وصار كفيلاً بنفس العبد على سبيل الثبات إذا ظهر أن العبد كان مضموناً، وأن الكفالة حصلت بالمغصوب، ومن كفل بالمغصوب عليه رد القيمة عند هلاك العين، كذا ههنا.

ولو لم يكن للمدعي بينة، واستحلف القاضي المدعى عليه بطلب المدعي، فنكل قضى على المدعى عليه بقيمة العبد، ولا يجب ضمان القيمة على الكفيل؛ لأن أكثر ما

(١) وفي ب: "بمجرد".

(٢) هكذا في ظ، وفي الأصل وب: "الثبات".

فيه أنه بالنكول صار مقرًا بالعبد للمدعي ، إلا أن إقرار المدعى عليه بالعبد للمدعي بعد ما سبق الجحود لا يكون حجة في حق الكفيل الا ترى ان المدعى عليه لو اقر صريحًا بالعبد للمدعي بعد ما سبق منه الجحود لا يلزم الكفيل ضمان القيمة فلا يظهر كون العبد مغصوبًا في حق الكفيل بإقرار المدعى عليه ، كذا ههنا .

١٦٥٣١- وفي « المنتقى » : رجل غصب عبد رجل وجحده ، فادعاه المغصوب منه ، وهو قائم بعينه ، وأخذ كفيلا بالعبد ، ثم مات العبد في يد المدعى عليه ، لا يلزم الكفيل شيء إلا أن يقيم المغصوب منه بينته ، فيضمن الكفيل قيمته في قول أبي حنيفة وأبي يوسف ، وكذلك الدابة والثوب والعرض ، وأما الدراهم والدنانير وما يكال أو يوزن ، فالمسألة فيها على ما وصفنا ، فإنه يؤخذ بالكفالة للحال .

١٦٥٣٢- وفيه أيضًا : رواية مجهولة : رجل غصب عبد رجل أو طعامه ، أو دراهمه ، أو ما أشبه ذلك مما يستقرض ، أو لا يستقرض وهو قائم بعينه ، فكفل به كفيل ، فعلى الكفيل أن يأتي به حتى يقيم المدعي بالبينة عليه .

١٦٥٣٣- ولو غصب عبد رجل واستهلكه ، وطلبه صاحبه به ، فضمن له رجل هذا العبد ، فأراد الطالب أن يأخذ به لم يكن ذلك ، حتى يقيم البينة أنه عبده ، وكذلك كل ما لا يستقرض ، وإن ضمن قيمة ذلك للمغصوب منه ، فله أن يأخذه به ، ولا يكلفه إقامة البينة من قبل أنه دين ضمنه ، وإن كان الأصل كيليًا أو وزنيًا مستهلكًا ، فكفل به كفيل جاز ، ولزمه ضمانه ، ولا يكلف المغصوب منه بينة ، إذ الأصل له ، هذا كدين ادعاه رجل على رجل ، فضمن له رجل .

١٦٥٣٤- وفي « نوادر ابن سماعة » عن أبي يوسف : لو أن رجلا ذبح شاة لرجل ، وأكلها ، ثم ضمن رجل تلك الشاة ، لم يكن عليه ضمان ؛ لأنه ليس عليه شاة إنما عليه قيمته .

وكذلك لو أقرض رجلا شاة وقبضها واستهلكها ، فضمنها رجل عنه ، لم يلزمه الضمان ؛ لأنه ليس عليه الشاة . وكذلك كل شيء لا يتعارضه[1] الناس فيما بينهم ، فهو مثل الشاة ، وهذا كله قياس قول أبي حنيفة .

---

(١) هكذا في ظ ، وفي الأصل وفي ف وم : يتعارضه

وقال أبو يوسف : إذا غصب رجل شاة ، وذبحها ، فضمنها له آخر عنه ، فأبى ، ألزمه الضمان ، وأدع القياس ، وكذلك الحيوان كله ، وكذلك لو غصب عبدًا ، ومات عبده ، فضمنه رجل ضمنه إياه ، قال : ألا ترى أنه لو أبرأه من عبده ، برئ من قيمته ، وألا ترى أن العبد عليه . وقال أبو يوسف : في الغصب إذا قضى القاضي عليه بالقيمة ، أو صالحه عليها ، ثم ضمن له رجل بعد ذلك الشاة ، لم يجز الضمان .

وكذلك لو أبرأ الطالب المطلوب من الشاة بعد ذلك لم تجز البراءة ، قال في الأصل : وإذا غصب رجل عبدًا من رجل أو أمة ، أو شيئًا من الحيوان ، أو من العروض ، فكفل به كفيل صحت الكفالة ، ووجب على الكفيل رد عينه مادام قائمًا ، ورد قيمته إن هلك ، كما يجب على الأصيل رد عينه ما دام قائمًا ، ورد قيمته إن هلك ، والقول في مقدار قيمته إذا وقع الاختلاف بين الطالب ، والكفيل قول الكفيل [1] ؛ لأن الكفيل ينكر الزيادة ، ألا ترى لو وقع هذا الاختلاف بين الطالب وبين الأصيل ، كان القول قول الأصيل ، لإنكاره الزيادة .

وإن أقر الغاصب بقيمة أكثر مما أقر به الكفيل ، لزمه ، ولم يلزم الكفيل ؛ لأن إقراره لايكون حجة على الكفيل ، وإن قامت بينة على زيادة القيمة أخذ الكفيل بالزيادة ؛ لأن البينة حجة عامة ، ولم يذكر في الكتاب أن الأصيل إذا حلف ونكل حتى لزمه الزيادة ، هل تلزم الزيادة الكفيل ؟ قالوا : ويجب أن تكون المسألة على التفصيل ، إن سبق من الأصيل إقرار بخلافه ، بأن قال : كانت قيمته خمسمائة ، والمغصوب منه يقول : بل كانت قيمته ألفًا ، فاستحلف الأصيل ، فأبى أن يحلف حتى لزمه الألف ، لا يلزم الكفيل الألف ، وإن لم يسبق منه إقرار بخلافه ، بأن كان ساكتًا حين ادعى المغصوب منه أن قيمته ألف درهم ، فاستحلف فأبى ، فإنه يلزم الكفيل الألف ؛ لأن النكول بمنزلة البينة متى لم يسبق من الناكل إقرار بخلافه .

١٦٥٣٥- وإذا اشترى الرجل من آخر عبدًا ، وقبضه ، فجاء رجل وادعاه ، وأخذ بالعبد كفيلًا ، وأقام البينة أنه عبده ، وقضى له بالعبد ، فقال المدعى عليه والكفيل : مات العبد أو أبق ، وقيمته كانت مائة ، وقال المدعي لم يأبق العبد ولم يمت ، بل هو حي

---

[1] هكذا في ظ وب ، وكان في م : فالقول قول الكفيل .

حاضر، وقيمته ألف درهم، فالقول قول المدعي؛ لأنه متمسك بما هو الأصل، وما عرف ثبوته يبقى حتى يتبين خلافه، وإذا جُعل القول قول المدعي، حبس الكفيل حتى يأتي به كما يحبس الأصيل، ثم إذا حبسهما القاضي، فتعرف من الناس، فقالوا: إنه هلك أو أبق، أو أطال مدة الحبس بحيث وقع في قلب القاضي أنه لو كان حيًا حاضرًا ظاهرًا كانا لا يتحملان مرارة الحبس إلى مثل هذه المدة، خلى سبيلهما، وقضى القاضي بالقيمة، والقول في مقدار القيمة قول الكفيل والغاصب، فإن كان مكان العبد جارية، وأخذ المالك القيمة بزعم الغاصب، ثم ظهرت الجارية، لا يسع للغاصب وطؤها إلا أن يسلمها المغصوب منه؛ لأن المعاوضة الثابتة بينهما في هذه الحالة معاوضة إكراه، ومن اشترى جارية أكره البائع على بيعها، لا يحل للمشتري وطؤها ما لم يجز البائع البيع بعد الإكراه، كذا هنا.

ولو كان المالك أخذ القيمة بزعم نفسه، حل له وطؤها، ولكن بعد أن يستبرئها بحيضة؛ لأن المعاوضة الثابتة في هذه الحالة معاوضة طواعية، وهذا لأن المعاوضة بين الغاصب، وبين المغصوب منه إنما يثبت بالغصب، وبأخذ الضمان، والمالك مكرهٌ في الغصب طائع في[1] أخذ الضمان، فكانت هذه المعاوضة معاوضة طائع نظرًا إلى الضمان، ومعاوضة مكره نظرًا إلى الغصب، والعمل بالأمرين متعذر في كل حال، فاعتبر[2] بالطواعية متى أخذ المالك القيمة بزعم نفسه، واعتبر بالإكراه متى أخذ القيمة بزعم الغاصب توفيرًا على الشبهين حظهما بقدر الإمكان.

١٦٥٣٦- عبد في يدي رجل ادعاه رجل وأخذ كفيلا بالعبد وبالمدعى عليه ووكيلا بالخصومة فيه، ثم تغيب المطلوب، وغيب العبد، فإن الكفيل يحبس حتى يجيء بالعبد، ولم يقل: حتى يجيء بالعبد والمطلوب؛ لأنه لا حاجة إلى إحضار المطلوب؛ لأن المدعي متمكن من الخصومة مع الكفيل لكونه وكيلا في الخصومة، ولو لم يكن الكفيل وكيلا بالخصومة، يحبس الكفيل حتى يجيء بهما؛ لأن الحاجة إلى إحضارهما في هذه الصورة؛ لأن المدعي لا يمكنه الخصومة مع الكفيل، فإن ظهر المطلوب، وغيّب

(١) وفي الأصل: لما.

(٢) هكذا في ط، وكان في الأصل وف: فاعتبرنا الطواعية.

العبد حبس الكفيل حتى يأتي بالعبد؛ لأنه لابد من حضرة العبد لسماع الدعوى والبينة، فإن قال المدعي: أنا آتي بالبينة أنه عبدي، يعني بعد ما حضر العبد قبل ذلك منه، ويستحق عين العبد إن قدر عليه والقيمة إن لم يقدر عليه، فإن شهد شاهداه أن العبد الذي ضمن هذا الضامن هذا وأنه ملك هذا المدعي، قضي له بالعبد على الكفيل إن أتى بالعبد وقت القضاء، وإن لم يأت بالعبد وقت القضاء، قضي على الكفيل بقيمته، وهذا لأن العبد إذا كان مشاراً إليه وقت الشهادة حاضراً وقت القضاء، فالقضاء بعينه ممكن، فأما إذا لم يكن حاضراً وقت القضاء، فالقضاء بعينه غير ممكن، فيقضي بقيمته، ثم قال: إن لم يأت بالعبد وقت القضاء، يقضي بقيمته بعد أن يحلف المدعي بالله ما خرج عن ملكك بوجه من الوجوه، وإنما حلف المدعي على ذلك؛ لأن المدعي متى أخرج العبد عن ملكه بالإعتاق، أو بالبيع، أو بالهبة ممن هو في يده يبرأ الكفيل عن الضمان، فيحلف بالله لهذا، فإن حلف حينئذ يقضي على الكفيل بالقيمة، ثم قال: يحلف المدعي، ولم يشترط طلب الكفيل ذلك.

قال شمس الأئمة السرخسي في شرح هذا الكتاب. قيل: إنما يحلف المدعي إذا طلب الكفيل تحليفه، أما بدون طلبه لا يحلف، وقيل: لا، بل يحلف، وإن لم يطلب الكفيل ذلك، وذكر شيخ الإسلام(١) خواهر زاده: أن تحليف المدعي بدون طلب الكفيل قول أبي يوسف، أما على قول أبي حنيفة ومحمد: لا يحلف المدعي بدون طلب الكفيل، وجعل هذه المسألة فرعاً لمسألة أخرى أن المشتري إذا أقام البينة على العيب، وطلب من القاضي الرد، فالقاضي يرده بعد ما حلفه بالله ما رضيت، وإن لم يطلب البائع يمين المشتري، وعلى قول أبي حنيفة ومحمد: لا يحلف المشتري بدون طلب البائع، قال: ويجوز أن يكون المذكور هنا قول الكل.

الفرق لأبي حنيفة ومحمد بين الكفيل وبين البائع أن الكفيل متبرع، فيجوز أن يستحق زيادة نظر لكونه متبرعاً، فأما البائع فمعاوض ليس بمتبرع، فجاز أن يستحق هذا النوع من النظر بدون الطلب.

وإن شهد شاهداه أن العبد الذي يقال له: فلان الفلاني، وحليته كذا لهذا المدعي، لا

(١) وفي ف: شيخ الإسلام المعروف بخواهر زاده.

بفعل القاضي ذلك ؛ لأن الاسم يوافق الاسم ، والحلية توافق الحلية ، فلا يصير العبد معلومًا بهذه الشهادة ، فلا يقضي القاضي له بشيء ، إلا أن يشهدا بقيمته ، بخلاف المسألة الأولى ؛ لأن العبد في المسألة الأولى مشار إليه وقت الشهادة ، والإشارة من أبلغ أسباب الإعلام.

وإن مات الكفيل أخذ القاضي المدعى عليه إن ظهر العبد حتى يأتي به بعد أن يوافق حلية العبد شهادة الشهود ، فإن لم يأت المولى بالعبد ، حلف عنه ؛ فلا يحبس المولى حتى يأتي به.

فرق بين المدعى عليه وبين الكفيل ، فإن الكفيل يحبس إن لم يأت بالعبد ، كما[1] وجب على الكفيل إحضار العبد ، وجب على المدعى عليه إحضار العبد. والفرق : أن الإحضار إنما وجب على المدعى عليه بالدعوى ، فلو حبس متى لم يأت به حبس بالدعوى ، والحبس بمجرد الدعوى لا يجوز ، وهذا لأن الدعوى خبر محتمل للصدق والكذب ، والمحتمل لا يصير سببًا لاستحقاق شيء ، لكن أثبتنا استحقاق الإحضار للضرورة ، ولا ضرورة في حق الحبس ، أما الكفيل إنما وجب عليه الإحضار بعقد الكفالة ، وعقد الكفالة عقد التزام ، فظهر به الاستحقاق مطلقًا ، فإذا لم يأت به مع القدرة عليه وجب الحبس للإتيان به ، ألا ترى أن الكفيل إذا امتنع عن أداء المال يحبس ، والمدعى عليه إذا امتنع عن الأداء قبل البينة لا يحبس ، أو نقول : الكفيل التزم الإحضار بكفالته ، فيحبس للإتيان بما التزم ، أما المولى لم يلتزم شيئًا ، فلهذا افترقا.

١٦٥٣٧ عبد في يدي رجل ، ادعاه رجل ، وكفل به كفيلان ، فقبل أن يقيم المدعي بينة حبس الكفيلان لإحضار العبد ، وبعد إقامة البينة وقضاء القاضي بالعبد للمدعي حبس الكفيلان أيضًا لأجل تسليم العبد ، فإن قالا : قد مات العبد ، أو أبق ، وأقاما على ذلك بينة ، أخرجهما من الحبس ؛ لأنهما حبسا لإحضار العبد وتسليمه ، وبهذه البينة ثبت عجزهما عن ذلك ، ولكن لا يبرئهما عن الكفالة بعين العبد ، أما إذا كان ذلك بعد إقامة المدعي البينة فلأن بعد إقامة المدعي البينة صارا ضامنين لقيمة العبد ، وأما إذا كان قبل إقامة المدعي البينة فلأن بحكم الكفالة هما ضامنان قيمة العبد ، إذا ثبت ملك

(١) هكذا في الأصل ، وفي م ، وكان في ط : «من أوجب»

المدعي في العبد بإقامة البينة ، فإذا قضى القاضي بالعبد للمدعي ببينة أخذ من كل واحد من الكفيلين نصف قيمة العبد ، وإن لم يكن للمدعي بينة ، فلا شيء على الكفيلين إذا لم يظهر أنهما كفلا بعبد مغصوب ، ولا يحبسان أيضاً لما ذكرنا قبل هذا .

١٦٥٣٨ - وإذا استودع رجل رجلا عبداً ، وجحده المستودع ، وأخذ منه كفيلا بنفسه وبالعبد ، ثم مات العبد في يد المستودع ، وأقام رب العبد بينة أنه أودعه عبداً قيمته يوم الإيداع كذا ، ويوم الجحود كذا ، ويوم الكفالة كذا ، فالقاضي يقضي على المستودع بقيمته يوم الجحود ، وعلى الكفيل بقيمته يوم الكفالة ؛ لأن سبب الضمان في حق المودع الجحود ، إذا علم قيمته يوم الجحود ، فتعتبر قيمته يوم الجحود ، وسبب الضمان في حق الكفيل الكفالة ، فتعتبر قيمته في حق الكفيل يوم الكفالة .

وإن قال شهوده : قيمته يوم الإيداع كذا ، ولا ندري قيمته يوم الجحود ويوم الكفالة ، فإنه يقضي على المودع بقيمته يوم الإيداع ، وأما الكفيل ، فإنما يقضي عليه بما يقرّ من قيمته يوم الكفالة ؛ لأنه بالكفالة يلزم الضمان ، والقول قول الإنسان في مقدار اللزوم .

ولو كان العبد حين الخصومة أعمى ، وجحده المستودع ، فشهد الشهود أنه استودعه ، وهو صحيح يساوي ألف درهم ، فالقاضي يقضي على المودع بقيمته أعمى ؛ لأن القاضي عرفه أعمى وقت الجحود ، وعرف تغيّره عن القيمة التي شهد بها الشهود يوم الإيداع ، لا بالمعاينة ، ولا بالشهادة ، فجاز به القضاء بتلك القيمة .

أما ههنا : فبخلافه ، وكذلك لو لم يكن أعمى وقت الجحود ، ولكن اتضع السوق يوم الخصومة ، وجحد المودع ، وقيمته يوم الجحود خمسمائة ، وعلم القاضي ذلك ، قضى القاضي على المودع بخمسمائة ، ولو لم يعلم القاضي ذلك ، ضمن المودع ألف درهم قيمته يوم الإيداع ، كما شهد به الشهود ، ولا يقبل من المودع بينة على اتّضاع السوق ، أقام البينة على اتضاعه قبل الجحود ، أو بعد الجحود .

أما إذا أقام البينة على اتّضاعه بعد الجحود ؛ لأن العين دخل في ضمانه بالجحود ، فلا ينفعه اتضاع السوق بعد ذلك ، وأما إذا أقام البينة على اتضاعه قبل الجحود ، فلأنه متناقض في الدعوى ، وأما إذا جحد الإيداع أصلا ، بأن قال : لم يودعني قط ، وأما إذا

جحد الوديعة بأن قال: ليس لك عندي، قلت: إنه زعم أنه لا وديعة له عنده يوم الجحود، ثم ادعى أنه كان، فصار متناقضاً.

قلنا: والتناقض يمنع صحة الدعوى والاستماع للبينة إلا بعد تقدم دعوى صحيحة، قال محمد في الكتاب: ألا يرى أن العبد لو مات، وعلم القاضي ذلك، ثم جحده المستودع بعد الموت أنه لا ضمان على المودع لأنه صادق في جحوده، ولو لم يعلم القاضي ذلك، وشهد الشهود أنه مات بعد الجحود، وأطلقوا الشهادة، كان المودع ضامناً، وإن شهدوا أنه مات قبل الجحود، فلا ضمان.

قال شيخ الإسلام في شرحه: وما ذكر من الجواب في مسألة الاستشهاد أن الشهود إذا شهدوا على الموت قبل الجحود، أنه لا ضمان، محمول على ما إذا أنكر المودع الوديعة دون الإيداع، بأن قال: ليس لك وديعة عندي، ولم يقل: لم تودعني؛ لأنه لا يصير متناقضاً في هذه الدعوى؛ لأنه حين جحد، لم يكن عنده وديعة.

أما إذا جحد الإيداع لم يقبل بينته، فلا يسقط الضمان، وإذا أقام البينة على الهلاك قبل الجحود؛ لأنه متناقض في هذه الدعوى، وقد مر هذه المسألة في كتاب الوديعة، بخلاف ما إذا أقام البينة على انقطاع السوق والعمى في الجحود، فإنه لا يقبل بينته جحد الوديعة أو الإيداع؛ لأنه متناقض على كل حال على ما مر.

١٦٥٣٩- وإذا استعار دابة إلى مكان معلوم، وجاوز ذلك المكان، فضمنها، وأعطى بها كفيلاً، فهو جائز؛ لأنه كفل بعين مضمون، وكذلك في الإجارة إلى مكان معلوم مسمّى، إذا جاوز ذلك المكان؛ لأن المستأجر بالمجاوزة عن المكان المسمّى، صار ضامناً، والمودع إذا خان في بعض الوديعة، وضمن له رجل تلك الوديعة صحت الكفالة بقدر ما خان فيه.

١٦٥٤٠- وإذا اشترى من رجل عبداً، ونقده الثمن، وأخذ منه كفيلاً بالعبد حتى يدفعه إليه صح؛ لأنه كفل بتسليم المبيع، وتسليم المبيع مستحق على البائع، وقد مر هذا في أول هذا الكتاب، فإن هلك العبد في يد البائع قبل التسليم، فقد برئ الكفيل؛ لأن ذلك القدر صار مضموناً عليه في بطالة الكفالة بقدر ما لم يجب؛ لأن ذلك القدر بقي أمانة، ولا يصير الكفيل كفيلاً بالثمن، وإن وجب الثمن بدلاً عن المبيع؛ لأن الكفيل

بالثمن، وإنما يكون كفيلاً ببدنه، إذا كان البدل واجبًا بالسبب الذي وجب به ردّ العين، كما في باب الغصب الكفيل بالمغصوب جعل كفيلاً بقيمته؛ لأن قيمة المغصوب وجبت بالسبب الذي وجب رد العين، وهو الغصب. فأما رد الثمن على البائع، فليس يجب بالسبب الذي وجب تسليم المبيع؛ لأن تسليم المبيع يجب بالبيع، ورد الثمن يجب بسبب فسخ البيع بهذا الطريق. قلنا: إن الكفيل بالتسليم[1] لا يكون كفيلاً برأس المال.

وكذلك لو كان ضمن الدرك في العبد، ومات العبد قبل التسليم لا يؤاخذ الكفيل بشيء؛ لأن الدرك عبارة عن ضمان يجب على البائع بسبب الاستحقاق ورد الثمن في هلاك العبد قبل التسليم، لا يجب بسبب الاستحقاق. وكذلك لو قبضه المشتري، ووجد به عيبًا فرده لا يؤاخذ الكفيل بالثمن. ولو لم يجد به عيبًا، ولكن استحق رجل نصف المبيع، ورد المشتري النصف الباقي لم يضمن الكفيل إلا نصف الثمن؛ لأن الدرك قد تحقق في النصف المستحق، أما النصف الآخر فإنما رده المشتري بعيب الشركة، وليس بدرك.

١٦٥٤١ - وإذا رهن الرجل من رجل متاعًا، وكفل له رجل بالرهن للراهن، وفي الرهن فضل على قيمته، فهلك المتاع عند المرتهن، فلا ضمان على الكفيل؛ لأن الكفالة لم تصح لا بما زاد على الدين، ولا بقدر الدين، وقد مرت المسألة في صدر الكتاب. ولو كان ضمن لصاحب الدين ما نقص الرهن من دينه، وكان الرهن قيمته تسعمائة، والدين ألف كان الكفيل ضامنًا؛ لأنه كفل بالدين والكفالة بالدين جائزة.

١٦٥٤٢ - وإذا كانت جارية بين رجلين، أخذها أحدهما بغير إذن صاحبه، فضمن رجل لصاحبه نصيبه منها صح الضمان؛ لأن نصيبه صار مضمونًا على الآخر حين أخذه بغير إذنه، والضمان بما هو مضمون على الأصيل جائز.

ولو أن رجلاً رهن من آخر رهنًا، ثم إن الراهن استعار الرهن من المرتهن على أن أعطاه كفيلاً به، فهلك الرهن في يد الراهن كان خارجًا عن الرهن، ولا ضمان على الكفيل؛ لأن قبض الراهن متى كان بإذن المرتهن، لا يكون مضمونًا على الراهن.

ولو كان الراهن أخذه بغير إذن المرتهن، جاز ضمان الكفيل، وأخذ به؛ لأن

(١) في الأصل: بالتسليم.

الرهن ضامن صاحب العين في هذه الصورة، ألا ترى لو هلك الرهن في يد الراهن في هذه الصورة: ضمن قيمته للمرتهن، فكان هذا بمنزلة الكفالة بالمغصوب.

١٦٥٤٣ - ولو أن رجلا استقرض من رجل مالا على أن يعطيه فلان عبده رهنًا، وكفل له بذلك الرهن كفيلا، فلا ضمان على الكفيل؛ لأنه لو باشر عقد الرهن، ثم أبى أن يسلمه إذا كفل عنه كفيل لم يصح؛ لأنه كفل بما هو غير[1] مضمون على الأصيل، فإن التسليم والعين كلاهما غير مضمون على الأصيل قبل قبض المرتهن، فإن شاء سلم، وإن شاء لم يسلمه، فإذا شرط الرهن ولم يباشره أولى.

١٦٥٤٤ - وإذا تكارى من رجل عبدًا أو دابة، وعجل له الأجر، ولم يقبض العبد والدابة، وكفل له كفيل بتسليم العبد والدابة، صح؛ لأن التسليم مستحق على الأصيل، فإذا هلك العبد والدابة، فقد برئ الكفيل، ولا يصير كفيلا بالأجر، وقد مرت المسألة في صدر الكتاب.

١٦٥٤٥ - وإذا أوصى لرجل بأمة، وهي حبلى، ولآخر بما في بطنها وهي تخرج من الثلث، فأخذ صاحب الولد من صاحب الأمة كفيلا بما في بطنها، لم تجز الكفالة، سواء أخذ صاحب الأمة الأمة برضى صاحب الولد أو بغير رضاه.

ولو أخذ صاحب الولد الجارية، وأعطى صاحب الجارية بها كفيلا، فإن كان أخذها بإذن صاحب الجارية، لم تصح الكفالة؛ لأن الجارية لا تصير مضمونًا عليه في الصورة، وإن كان أخذها بغير إذن صاحب الجارية، صحت الكفالة. ولو أوصى بخادمة لرجل، وبخدمتها لآخر، فإنها تكون عند صاحب الخدمة، فإن أخذ منه صاحب الرقبة كفيلا بها لم تصح الكفالة، سواء أخذها صاحب الخدمة بإذنه، أو بغير إذنه؛ لأنها أمانة عند الموصى له بالخدمة، ولو أن صاحب الرقبة أخذ الجارية بغير إذن صاحب الخدمة، وأعطى صاحب الخدمة كفيلا بها حتى يسلمها إليه، صحت الكفالة؛ لأن ردها مستحقة على صاحب الخدمة: فإن ماتت الجارية، فقد برئ الكفيل؛ لأن الكفالة بالنفس قد انتهت. وكذلك لو كان مكان الوصية بالخدمة وصية بالغلة.

١٦٥٤٦ - ولو أن رجلا باع من رجل دارًا أو عبدًا، أو أمة، وادعى رجل فيه

(١) وفي الأصل: عنه

دعوى، فأراد المشتري أن يأخذ من البائع كفيلاً بنفسه، أو بما أدركه من درك، فإنه لا يجبر البائع عليه، أما بنفسه فلأن المشتري لم يستحق على البائع حضوره ما لم يستحق الدار من يده. ولو أعطى مع ذلك كفيلاً بنفسه لا يصح؛ لأن الكفالة حصلت بما ليس بمستحق على البائع، أما لا يجبر على إعطاء الكفيل بالدرك[1] فلأن الدرك لو تحقق، بأن استحق المبيع لا يجبر البائع على إعطاء الكفيل بالثمن، فلأن لا يجبر عليه، والدرك لم يتحقق أولى.

١٦٥٤٧- ولو أن رجلاً من أهل الذمة ادعى على ذمي آخر خمراً بعينها، أو خنزيراً بعينه، فأخذ منه كفيلاً من أهل الذمة جاز؛ لأن الذمي يجوز أن يلتزم تسليم عين الخمر ومثلها وتسليم[2] عين الخنزير، ويثبت ديناً في الذمة بسائر العقود، فكذا بعقد الكفالة. وإن كفل له رجل مسلم، فإن كانت الكفالة بالخمر، لا تصح الكفالة، سواء كان الخمر قائمة بعينها أو كانت هالكة؛ لأنه يلزم تسليم عين الخمر أو تسليم مثلها، أو المسلم ممنوع عن ذلك.

وإن كانت الكفالة بالخنزير إن كان قائماً بعينه لا يجوز، وإن كان هالكاً جازت الكفالة؛ لأن الواجب بهلاك الخنزير القيمة، والقيمة دراهم أو دنانير، والمسلم من أهل التزام الدراهم والدنانير.

١٦٥٤٨- ولو أن رجلاً تقبل من رجل بناء دار معلوم، أو كراب أرض معلوم، فأعطاه بذلك كفيلاً، فقد ذكرنا هذه المسألة في صدر الكتاب.

١٦٥٤٩- وإذا تكارى إبلاً إلى بلدة من البلدان، أخذ بالمكاري كفيلاً فقد مرت هذه المسألة في صدر الكتاب أيضاً.

١٦٥٥٠- وفي نوادر ابن سماعة عن محمد: رجل قال: دفعت إلى فلان عشرة أثواب، فقال له رجل: أنا ضامن لها، وثمنها ألف درهم، فهذا جائز. قالوا: وهذا عندنا على أنه باعها فلان بألف درهم، فضمن له هذا الرجل أن يأتي بها أو بثمنها، فإن أتى بها لم يبرأ عن الضمان إلا أن يأتيه بها، فيردها عليه بحق، وما بخيار أو عيب،

(١) هكذا في ظ، وكان الأصل: بالثمن.

(٢) زيد من ف.

فإن ردها بأمر ينتقض به البيع بينه وبين فلان، فهو بريء من الألف. فإن جاء به، فقال:
قد نقض فلان البيع، أو قد ردها عليه بخيار شرط أو رؤية، لم يكن ذلك شيئاً إلا أن
يقول: وكلني فلان بردها عليك بعيب، أو أرسلني إليك بأنه نقض البيع فيها، وإذا
ردها عليه على ذلك، برئ من ضمان الألف، فإن حضر المشتري، فأنكر ذلك، فله أن
يأخذ الأثواب، ويرجع الضمان على حاله. وروى هشام عن أبي يوسف: إذا اشترى من
رجل ثوباً بعشرة دراهم، وضمن إنسان للبائع الثوب أو عشرة دراهم، فضمان الرجل
باطل.

وفي المنتقى: رجل قال لغيره: ادفع إلى فلان عشرة أثواب، فقال ذلك
الغير: أنا ضامن لها، أو لألف درهم، فالضمان باطل؛ لأن الدفع لا يوجب الضمان

الفصل الثاني والعشرون
في كفالة أهل الذمة

١٦٥٥١ - يجب أن يُعلم بأن أهل الذمة وأهل الإسلام في حكم الكفالة على السواء[1] ؛ لأنها من المعاملات ، وأهل الذمة يساوون أهل الإسلام في المعاملات إلا في الخمر والخنزير ، وظاهر قوله عليه السلام : «الزعيم غارم»[2] يتناول الذمي كما يتناول المسلم .

١٦٥٥٢ - وإذا كان لذمي خمر على ذمي من قرض أو غصب ، وكفل به ذمي جاز ، فإن أسلم أحدهما ، فهذا على وجوه : إما أن أسلم الطالب ، وفي هذا الوجه برئ الكفيل عن الخمر ، وعن قيمتها عندهم جميعاً ؛ لأن بالإسلام الطالب يبرأ المطلوب عن الخمر ، وقيمتها ؛ لأن المسلم لا يستوجب الخمر ، ولا قيمتها ابتداء بهذا السبب على أحد ، فكذا لا يبقى ما كان واجباً له ، فبرئ الأصيل بإسلامه ، وبراءة الأصيل توجب براءة الكفيل .

وأما إن أسلم المطلوب ، وفي هذا الوجه برئ هو عن الخمر وقيمتها ، وبرئ الكفيل ببراءته ، وهذا قول أبي يوسف ، وهو رواية عن أبي حنيفة ، وقد روى عن محمد وزفر ، وعافية القاضي عن أبي حنيفة : أن على المطلوب قيمة الخمر والكفيل على كفالته ، وهو قول محمد لأن الإسلام المطلوب لا يمنع وجوب قيمة الخمر للذمي عليه

---

(١) هكذا في ف ، وكان في الأصل وظ وم : "على سواء" .

(٢) أخرجه أحمد في "مسنده" ٥/ ٢٦٥ حديث (٢٢٣٤٩) ، وابن ماجه في "سننه" ٢/ ٨٠٤ حديث (٢٤٠٥) في باب الكفالة ، والبيهقي في "الكبرى" ٦/ ٧٢ حديث (١١١٧٤) في كتاب الضمان : باب وجوب الحق بالضمان ، وذكره الشهاب في "مسنده" معلقاً ١/ ٦٤ ، والديلمي في "الفردوس" ٢/ ٢٩٨ حديث (٣٣٤٩) ، وذكره ابن حجر في "الفتح" ٢/ ٥٥٥ ، والذهبي في "سير أعلام النبلاء" ٨/ ٣٢٣ ، وابن عدي في "الكامل" ١/ ٢٩٣ ، ٣١٤ ، والعجلوني في "كشف الخفاء" ١/ ٤٥ ، وأحمد في "العلل" و"معرفة الرجال" ٣/ ١٧ ، وابن حجر في "الدراية" ٢/ ١٦٣ ، والزيلعي في "نصب الراية" ٤/ ٥٧

ابتداء. ألا ترى أنه لو استهلك مسلم خمر ذمي، أو استقرض من ذمي خمرًا، أو استهلكه، فإنه يجب عليه قيمة الخمر. فبعد إسلامه تبقى القيمة واجبة عليه، وإذا لم يبرأ الأصيل لا يبرأ الكفيل.

وروى الحسن بن أبي مالك: أن أبا حنيفة أولاً كان يقول بقول محمد، ثم رجع إلى قول أبي يوسف، وكان للطالب الخيار إن شاء اتبع المطلوب بقيمة الخمر، وإن شاء اتبع الكفيل بعين الخمر؛ فإن أدى المطلوب قيمة الخمر برئ الكفيل؛ لأن الأصيل قد برئ، وبراءة الأصيل توجب براءة الكفيل. وإذا أدى الكفيل عين الخمر، رجع المطلوب بقيمة الخمر

هذا تفريع قول محمد، وأبو حنيفة وأبو يوسف قالا: لو استوفى الطالب القيمة من المطلوب بعد إسلامه لابد وأن يصير مملكًا الخمر التي في ذمة المطلوب من المطلوب، والمسلم ممنوع عن تملك الخمر، فيسقط الخمر أصلاً. وأما إذا أسلم الكفيل خاصة، ففي هذا الوجه سقط الخمر عن الكفيل لا إلى بدل في قول أبي حنيفة آخرًا، وهو قول أبي يوسف؛ لأنه مطلوب في حق الأصيل، وإسلام المطلوب عندهما يوجب سقوط الخمر أصلاً، ويبقى الخمر على الأصيل على حاله؛ لأن براءة الكفيل لا توجب براءة الأصيل.

وعند محمد: الطالب بالخيار، إن شاء رجع على الكفيل بقيمة الخمر، وإن شاء رجع على الأصيل بعين الخمر؛ لأن الكفيل مطلوب في حق الأصيل، وإسلام المطلوب عنده لا يوجب براءته عن قيمة الخمر، فإن أدى الكفيل قيمة الخمر لا يرجع على الأصيل بشيء؛ لأنه طالب في حق الأصيل، وإسلام الطالب يوجب سقوط الخمر أصلاً.

وإن أسلموا جميعًا سقط الخمر لا إلى بدل؛ لأن في إسلامهم إسلام الطالب وزيادة، وكذلك إن أسلم الطالب والكفيل، أو أسلم الطالب والأصيل سقط الخمر لا إلى بدل، وإن أسلم الكفيل والأصيل، سقط الخمر لا إلى بدل عند أبي حنيفة آخرًا، وهو قول أبي يوسف.

وعند محمد: للطالب أن يطالب أيهما شاء بقيمة الخمر، وإذا استوفاه من الكفيل لم يرجع الكفيل على الأصيل؛ لأنه طالب في حقه، وإن كان الخمر من ثمن بيع، وأسلم الطالب أو المطلوب، فقد برئ الكفيل عن الخمر وقيمتها بالإجماع؛ لأن الإسلام

من أحد المتبايعين وَرَدَّه، والحرام المملوك بالعقد غير مقبوض، فيلاقيه الإسلام بالرد؛ لأن للقبض شبهًا بالعقد، وإذا انفسخ العقد فيما بين الطالب والمطلوب، وبراءة المطلوب توجب براءة الكفيل.

وإن أسلم الكفيل، فالطالب يطالب المطلوب بعين الخمر، ويبرأ الكفيل عن الخمر وقيمتها عند أبي حنيفة آخرًا، وهو قول أبي يوسف، وعلى قول محمد يتحول الخمر إلى القيمة في حقه، وكان للطالب أن يطالب بقيمة الخمر، هكذا ذكر شمس الأئمة السرخسي في شرحه. وذكر شيخ الإسلام خواهر زاده في شرحه أن محمدًا لم يذكر قوله في هذه المسألة، وقد اختلف المشايخ على قوله، بعضهم قالوا: يبرأ عن الخمر وقيمتها، وبعضهم قالوا: لا يبرأ عن قيمة الخمر. ويكون الطالب بالخيار، إن شاء اتبع المطلوب بعين الخمر، وإن شاء اتبع الكفيل بقيمة الخمر، وإذا أدى الكفيل ذلك لا يرجع على المطلوب بشيء؛ لأنه بمنزلة المقرض في حق المطلوب، وإسلام المقرض يوجب سقوط الخمر عن المستقرض أصلا.

وإن كان الخمر واجبًا بسبب السلم، ثم أسلم الطالب أو المطلوب بطل السلم؛ لأن الإسلام ورد، وإحرام المملوك بعقد المعاوضة غير مقبوض، فيلاقيه بالرد. وإذا انفسخ السلم بين الأصيلين، وبراءة الأصيل توجب براءة الكفيل. وإذا أسلم الكفيل برئ الكفيل بلا خلاف، أما عندهما فظاهر، وأما عند محمد فلأنه لا يمكن إيجاب قيمة الخمر ههنا؛ لأن الطالب يأخذها بجهة السلم، والاستبدال بالمسلم فيه قبل القبض لا يجوز، ويبقى الخمر للطالب قبل المطلوب على حاله؛ لأنه لم يجر بينهما ما يوجب بطلان عقد السلم، ولا البراءة عن المسلم فيه.

١١٥٥٣ - وإن كان الخمر واجبًا من جهة صداق امرأة تزوجها عليه، فلا يخلو إما أن كان الخمر عينًا أو دينًا، فإن كان عينًا، فإن أسلم الزوج فالمرأة بالخيار، إن شاءت طالبت الزوج بتسليم عين الخمر، وإن شاءت طالبت الكفيل، عند أبي حنيفة؛ لأن من مذهب أبي حنيفة أن من تزوج امرأة على خمر أو خنزير بعينه، ثم أسلم أحدهما قبل القبض، فللمرأة عين الخمر والخنزير، وإذا لم يبرأ الزوج بإسلامه عن تسليم الخمر، كان لها أن تطالب الزوج بعين الخمر بحكم النكاح، وتطالب الكفيل بتسليم عين الخمر بحكم

الكفيل ، وإن أخذت الخمر من الكفيل لا يرجع على الزوج بشيء ، وإذا أسلمت المرأة ، فلها مطالبة الزوج بقيمة الخمر ، وليس لها مطالبة الكفيل ، وإن أسلم الكفيل ، فلها مطالبة الزوج بعين الخمر ، وليس لها مطالبة الكفيل .

وأما على قول أبي يوسف : أسلم برئ الكفيل ، وأما على قول محمد . إن أسلم الزوج ، فلها أن تطالب الزوج بقيمة الخمر ، وإن شاءت طالبت الكفيل بعين الخمر ، فإن أخذت القيمة من الزوج برئ الكفيل ، وإن أخذت عين الخمر من الكفيل ، فالكفيل يرجع على الزوج بقيمة الخمر ، وإن أسلمت المرأة فلها مطالبة الزوج بقيمة الخمر ، وليس لها مطالبة الكفيل ، وإن أسلم الكفيل ، فلها مطالبة الزوج بعين الخمر ، وإن شاءت طالبت الكفيل بقيمة .

١٦٥٥٤ ولو أن ذميًا ادعى على ذمي خمرًا أو خنزيرًا ، وكفل بنفس المدعى عليه مسلم ، ووجهه وكيلا في خصومته ضامنًا لما قضي له عليه ، جازت الكفالة بالنفس ، وجازت الوكالة أيضًا ، إذ ليس في التوكيل بالخصومة تمليك الخمر وتملكه ، فصح ، ولكن يكره ، فإن أقيم عليه البينة ، وقضي بالخمر والخنزير ، هل يلزم الكفيل ذلك؟ فهذا على وجهين : إما أن كفل به قبل هلاك الخمر والخنزير ، وفي هذا الوجه لا يلزم الكفيل شيء ؛ لأنه لو لزمه ، لزمه عين الخمر والخنزير ؛ لأن الكفيل يتحمل ما على الأصيل ، والواجب على الأصيل قبل الهلاك الخمر ، ولا يجوز أن يلتزم المسلم عين الخمر والخنزير ، وإن كان كفل بعد هلاك الخمر والخنزير ، ففي الخمر لا يلزمه شيء ؛ لأنه لو لزمه ، لزمه مثل الخمر ؛ لأن الواجب على الأصيل مثل الخمر ، وفي الخنزير ، إن قضى القاضي على الأصيل بقيمته دراهم أو دنانير ، لزم الكفيل ذلك ؛ لأن الحق انتقل عن العين إلى الدراهم أو الدنانير بقضاء القاضي ، فيصير الكفيل كفيلا بالدراهم والدنانير ، وذلك جائز ، وإن لم يقض القاضي عليه بالقيمة ، فعلى قول أبي حنيفة : لا يلزم الكفيل شيء ؛ لأن الحق لا ينتقل عن العين إلا بقضاء القاضي ، فيصير كفيلا بالخنزير ، وعلى قولهما - الحق ينتقل من العين إلى القيمة بنفس الاستهلاك ، فيصير كفيلا بالقيمة ، وذلك جائز .

الفصل الثالث والعشرون
في اجتماع الكفلاء

١٦٥٥٥ - رجل له على رجل ألف درهم من قرض أقرضه، أو من ثمن بيع باعه، وكفل له رجل بنصف المال، وكفل له رجل آخر بالنصف الآخر كفالتين متفرقتين، أو كفالة واحدة، فأدى الأصيل خمسمائة، ولم يبين شيئاً كان المؤدى عنهما. ولو قال: هذا مما كفل به فلان، فهو على ما قال، وكذلك إذا كان الألف متفرقاً عليه في الأصل، بأن كان من قرضين أو بيعين، أو كانا ثمنين وجبا بسببين مختلفين، بأن كان أحدهما من قرض، والآخر من ثمن بيع، وكفل أحد الكفيلين بأحد المالين، وكفل الكفيل الآخر بالمال الآخر، فأدى الأصيل خمسمائة، وقال: هي من التي كفل به فلان، فهو على ما قال؛ لأن التمييز صدر عنه، فيكون القول قوله في بيان جهته إلا إن لم يكن فيه فائدة، وله فيه فائدة، وهو الاحتراز عن مطالبة هذا الكفيل؛ لأن الناس يتفاوتون في المطالبة. قال في الكتاب: ألا ترى أنه لو كان بكل خمسمائة صك أو كان بكل خمسمائة رهن، فأدى خمسمائة، وقال: من هذا الصك، أو من هذا الرهن قبل قوله، فكذا هذا.

وكذا إذا كان بإحدى الخمسمائتين كفيل، فأدى الأصيل خمسمائة، وقال: أديت عن الكفالة، قبل قوله. وإذا وجب عليه الألف من بيع باعه، ثم إن صاحب المال أخر نصف المال إلى سنة، أو وجب نصف الألف من الابتداء حالاً، ووجب النصف الآخر من الابتداء مؤجلاً إلى سنة، وكفل بكل نصف كفيل على حدة، ثم إن الأصيل أدى خمسمائة ولم يقل شيئاً، فهو عن الكفيل الذي كفل عن الحال؛ لأن أداءه عن الحال مستحق عليه في الحال، وأداءه عن المؤجل غير مستحق عليه، وكان إيقاع المؤدى عن المستحق عليه أولى.

وإن قال: هي عن الكفيل الذي كفل عن المؤجل، قبل قوله؛ لأن التمييز صدر منه، وله في هذا التمييز فائدة وهو الاحتراز عن مطالبة هذا الكفيل عند حل الأجل،

أحد هذا إلا من جميع مالي عليك، فإن له ذلك ويجعل القبض عن المالين، ويرجع بما بقي على المكفول عنه؛ لأن له حق المطالبة بالمالين جميعاً، فكذلك له أن يقبض ما يقبض عنهما. وإن قبض الألف، ولم يقل: شيئاً: فللمطلوب أن يجعل المؤدى من أي المالين شاء؛ لأن له في التخصيص فائدة.

الفصل الرابع والعشرون
في الرهن في الكفالة

١٦٥٦٠ - وإذا كفل الرجل عن رجل بمال بأمره، ورهن المكفول عنه رهنًا به، فهو جائز؛ لأنه رهن بدين مؤجل؛ لأن بالكفالة وجب للكفيل على المكفول عنه دين، كما وجب للطالب على الكفيل، إلا أن ما للطالب على الكفيل حال، وما للكفيل على المكفول عنه مؤجل إلى أن يؤدي، فكان كالدين المؤجل من هذا الوجه، فإن هلك الرهن في يد الكفيل صار مستوفيًا لما وجب له على المكفول عنه حكمًا لهلاك الرهن، ويكون الجواب فيه كالجواب فيما لو استوفاه حقيقة.

١٦٥٦١ - ولو أن رجلًا كفل عن رجل بألف درهم بأمره على أن يعطيه المكفول عنه هذا العبد رهنًا، ولم يشترط ذلك على الطالب، ثم إن المكفول عنه أبى أن يدفع العبد، كان له ذلك؛ لأنه لو باشر عقد الرهن ثم أبى أن يسلم كان له ذلك، لأن الرهن لا يلزم في حق الراهن إلا بعد القبض، فإذا أبى العقد، أولى أن يكون له ذلك، ولا يتخير الكفيل بين أن يمضي في الكفالة وبين أن يفسخ، وإن لم يسلم له شرط والكفالة مما يحتمل الفسخ بعد وقوعها؛ لأن هذا الشرط إنما جرى بين الكفيل وبين المكفول عنه، ولم يجر بينه وبين الطالب، فلو ثبت له الخيار إذا لم يسلم له شرطه ليثبت له هذا الخيار من جهة المكفول عنه، والمكفول عنه ليس له هذا الخيار، بخلاف ما لو شرط ذلك على الطالب، بأن قال للطالب: أكفل لك بهذا المال على أن يعطيني المطلوب بهذا المال عبده هذا رهنًا، فكفل على هذا الشرط، فأبى المطلوب أن يعطيه الرهن، فإن الكفيل يتخير بين أن يمضي في الكفالة وبين أن يفسخها؛ لأن هناك يثبت له الخيار من جانب الطالب؛ وللطالب هذا الخيار، فإن له أن يبرئه، فتنفسخ الكفالة، وله أن لا يبرئه، فتبقى الكفالة، فجاز أن يثبت للكفيل هذا الخيار من جهته.

وكذلك لو قال للطالب: أكفل لك بهذا المال على أن يعطيني المطلوب عبده هذا رهنًا بالمال، فإن لم يعطني، فأنا بريء من المال، فكفل بهذا الشرط، وأبى المطلوب أن

يعطيه الرهن، فإنه يبرأ عن الكفالة؛ لأن البراءة تثبت للكفيل من جهة الطالب، والطالب يثبت براءة الكفيل، والجواب في شرط الكفالة كالجواب في شرط الرهن.

إذا قال للمطلوب: أكفل عنك بهذا المال على أن تعطيني كفيلا بهذا المال، وكفل بهذا الشرط، وأبى المكفول عنه أن يعطيه كفيلا، لا يتخير الكفيل بين أن يمضي في الكفالة، وبين أن يفسخها، ولو شرط على الطالب أنه إن لم يعطني كفيلا بالمال، فأنا بريء عن الكفالة، فلم يعطه كفيلا، فهو بريء. ولو كتب الكفيل على دار المكفول عنه شراء بذلك، فهو جائز؛ لأنه شراء بالدين المؤجل، ويصير الكفيل مقتضيًا له عليه.

١٦٥٦٢ - وإذا كفل بنفس رجل على أنه إن لم يواف به إلى سنة فعليه المال الذي للطالب عليه، وذلك ألف درهم، ثم إن المكفول عنه أعطاه رهنًا بالمال قبل مضي السنة، فالرهن باطل؛ لأن المال لم يجب على الكفيل بعد؛ لأن الكفالة بالمال معلقة، ولم يوجد شرطها، والرهن إنما يصح بدين واجب بخلاف ما إذا كانت الكفالة بالمال مرسلة؛ لأن هناك الدين قد وجب على الكفيل إلا أن المطالبة تأخرت إلى وقت الأداء، فحصل الرهن بدين واجب مؤجل، وإنه جائز، ولا يجوز الرهن بالكفالة بالنفس بوجه من الوجوه؛ لأن الكفالة بالنفس مما لا يمكن استيفاؤها من الرهن، والرهن بحق لا يمكن استيفاؤه من الرهن باطل، ويكون الرهن أمانة عنده، ولا ينعقد رهن فاسد؛ لأنه لم يوجد شرائط الانعقاد؛ لأن من إحدى شرائط الانعقاد أن يكون الرهن حاصلا بحق يمكن استيفاؤه من الرهن.

١٦٥٦٣ - وإذا كفل الرجل عن رجل بمال لم يحل عليه بعد، وقال: إذا حل المال فهو عليّ، فأعطى المكفول عنه الكفيل رهنًا بالمال جاز؛ لأنه التزم المال بعقد الكفالة، وجعل مطالبة الطالب متأخرًا إلى ما بعد حلول الأجل، وذلك غير مانع وجوب أصل المال على الأصيل، فلا يمنع وجوب أصل المال على الكفيل أيضًا.

١٦٥٦٤ - ولو قال: إن توى مالك على فلان، فهو عليّ، وأعطاه بذلك رهنًا لم يجز الرهن؛ لأن المال لم يجب بعد؛ لأنه علق التزام المال بالشرط، ولم يوجد الشرط. وكذلك إذا قال: إن مات ولم يوافك المال فهو عليّ، وأعطاه المكفول عنه به رهنًا، فالرهن باطل؛ لأن المال لم يجب بعد، وإذا أخذ الكفيل بالدرك رهنًا، فالرهن باطل؛

لأن هذا غير واجب قبل الطريق لذلك، فلا يصح الرهن به، ولا ضمان على المرتهن فيه؛ لأنه قبضه بإذن صاحبه، وكل ما أبطلنا فيه الرهن بالمال إذا بقي الرهن في يدي الكفيل حتى حل عليه المال، وأخذ به، فأراد الكفيل أن يمسك الرهن بماله، ليس له ذلك؛ لأن أصل الرهن لم يكن صحيحًا، ولم يثبت بقبضه يد الاستيفاء، فلا يكون له أن يمسكه بعد ذلك.

١٦٥٦٥- ولو تكارى من رجل إبلًا إلى مكة، وكفل عنه رجل بالأجر والحمولة، وأخذ الكفيل بذلك رهنًا، جاز أخذ الرهن بالأجر؛ لأن الأجر دين يمكن استيفاؤه من الرهن، ولم يجز أخذ الرهن بالحمولة؛ لأنه لا يمكن استيفاؤها من الرهن - والله أعلم-.

الفصل الخامس والعشرون

في رجوع الكفيل بعد الأداء في هبة صاحب[1] المال الحق عنه

١٦٥٦٦- ذكر ابن سماعة في "نوادره" عن محمد: في رجل قال لرجلين: اضمنا عني لفلان ألف درهم على أن كل واحد منكما كفيل ضامن عن صاحبه، فضمناه عنه، ثم إن أحدهما أدى شيئاً فله أن يرجع ما أدى على المكفول عنه، وإن شاء رجع بنصفه على المكفول عنه وبنصفه على شريكه؛ لأنه كفيل بجميع المال النصف عن الأصيل بأمر الأصيل، والنصف عن صاحبه بأمر الأصيل لغيره بالكفالة، والكفالة متحمل عنه كالآمر بالكفالة عن نفسه، فكان للمؤدي أن يرجع بجميع ما أدى على الأصيل، وإن شاء رجع بالنصف على الأصيل، وبالنصف على المكفول عنه؛ لأنه كفل عن الأصيل بالنصف، وعن صاحبه بالنصف، وكان له أن يجعل نصف المؤدى عن الأصيل، ونصفه عن صاحبه.

١٦٥٦٧- ولو أن رجلين ضمنا عن رجل ألف درهم لرجل بغير أمره على أن كل واحد منهما كفيل ضامن عن صاحبه، فأدى أحدهما نصفها، لم يكن له أن يرجع على صاحبه في الضمان بشيء حتى يؤدي أكثر من النصف، ويرجع عليه بالزيادة على النصف، وليس له أن يرجع على الأصيل؛ لأن تقدير هذه المسألة كأن كل واحد منهما ضمن للغريم خمسمائة على حدة، ثم إن كل واحد منهما ضمن عن صاحبه ما على صاحبه بأمره.

١٦٥٦٨- وفي "نوادر ابن سماعة" عن أبي يوسف: رجل له على رجل ألف درهم، وبها كفيل، ولرجل آخر على المديون ألف درهم أيضاً، مات الذي عليه الدين، ولم يترك إلا ألف درهم، فأخذها الغريمان بينهما نصفين، ثم إن الغريم الذي له كفيل أخذ من كفيله تمام حقه خمسمائة، لم يكن للكفيل أن يحاص[2] بما أدى أحد

---

(١) وفي ف: "صاحب حق المال عنه".

(٢) هكذا في ظ وم والأصل، وكان في ف: "يخاصم".

على الأصيل ؛ لأنه لم يبرأ الأصيل بما أدى ، ولقد أبطل القاضي أداء الكفيل .

١٦٥٧٤ - وعن محمد : في رجل قال لغيره : انقد هذا عني ألف درهم التي هي له علي حتى أدفعها إليك ، فدفعها بمحضر من الآمر ، ولم يكن للآمر على المأمور شيء ، فجحد الطالب أن يكون قبضها وأخذها من الآمر ، لم يكن للدافع أن يرجع بها على الآمر ، وقال أبو يوسف : إذا لم يكن الدافع كفيلا يرجع على الآمر من قبل أنه وكيل ، وقال محمد : إذا كان القابض لا يقبضها من شيء هو له ، وإنما يقبضها من المأمور للآمر ، وأقر الآمر أن المأمور قد دفع ، فإن المأمور يرجع على الآمر .

١٦٥٧٥ - وفي المنتقى : الكفيل بالمال إذا ادعى الأداء ، وكذبه الطالب ، وصدق المكفول عنه الكفيل في الأداء ، أو كذبه ، وأخذ الطالب من المكفول عنه مرة أخرى ، ثم يرجع الكفيل على المكفول عنه . ولو أن صاحب الحق أخذ الحق من المطلوب ، ثم جحده ، فأخذه من الكفيل ، والكفيل ينكر أن صاحب الأصل قد أداها ، رجع الكفيل به على صاحب الأصل ، رواه الحسن عن أبي حنيفة ، وكذلك إذا كان أبرأ صاحب الأصل المديون وجحده .

١٦٥٧٦ - رجل تكارى إبلا بغير أعيانها بمحامل وزوامل ، وأخذ بها كفيلا ، ثم غاب الجمال ، وحمل الكفيل ، فالكفيل يرجع على المكاري بأجر مثله يوم ضمن ، وكذلك في الكفالة بالخياطة .

١٦٥٧٧ - وإذا أحال الكفيل صاحب الحق بدينه ، وأبرأه صاحب الحق ، كان للمحتال عليه وهو الكفيل أن يرجع على الذي عليه الأصل في قول أبي يوسف ، وقال أبو حنيفة وزفر : ليس له أن يرجع عليه .

١٦٥٧٨ - رجل له[1] على رجل ألف درهم ، فأمر رجلا حتى كفل بها عنه للطالب ، ثم قال لرجل : نحن من عليه الأصل قال لرجل : اكفل بنفس هذا الكفيل ، ففعل ثم أخذ الطالب الكفيل بالنفس ، لم يكن للكفيل بالنفس على الذي أمره بذلك سبيل . ولو كان أمر رجلا حتى كفل عن الكفيل بالمال ، ثم إن الطالب أخذ الكفيل

(١) هكذا في ط وس وم ، وكان في الأصل : رجل ادعى على رجل .

الثاني، وأخذ منه المال، كان له أن يرجع على الذي أمره بذلك، هكذا ذكر المسألة في "المنتقى"، وذكر شمس الأئمة السرخسي في باب الأمر بالضمان إذا أمر الرجل رجلا أن يكفل عن فلان فكفل وأدى، لا يرجع على الآمر - والله أعلم - .

الفصل السادس والعشرون
في الأمر بقضاء الدين وفي الأمر بنقد المال وإعطاءه بشرط الضمان وما يتصل به

١٦٥٧٩- إذا قال الرجل لغيره: اقض عن ديني فقضاه، رجع عليه، وإن لم يقل: على أني ضامن، وكذلك إذا قال: اقض ما لفلان علي، فقضاه رجع عليه وإن لم يقل: على أني ضامن.

١٦٥٨٠- وإذا قال الرجل لآخر: انقد فلانًا عني ألف درهم، أو انقد فلانًا الألف التي له علي، أو اقض فلانًا عني ألف درهم، أو اقض فلانًا الألف التي له علي، أو قال: ادفع فلانًا عني ألف درهم، أو قال: ادفع فلانًا الألف التي له علي، أو قال: أعط فلانًا عني ألف درهم، أو قال: أعطه الألف التي له علي، فإن هذا كله إقرار من الآمر بالدين في الفصول كلها. وإذا قضى المأمور كان له أن يرجع بما قضى على الآمر عندهم جميعًا، أما أن يكون هذا إقرار من الآمر بالدين؛ لأن في بعضها إقرار بالدين نصًا، فإنه قال في بعض هذه الفصول: الألف التي له علي، وفي بعضها إقرار بالدين اقتضاء؛ لأنه قال: عني، ولن يتصور أن يكون قاضيًا عنه وناقدًا عنه إلا بعد أن يكون عليه دين، فصار مقرًا بالدين في بعض هذه الفصول نصًا، وفي بعضها اقتضاء، وإذا قضى المأمور كان له أن يرجع بما قضى على الآمر؛ لأنه قضى دينًا وجب على الآمر بأمره، فكان له الرجوع بما قضى على الآمر.

فرق بين هذا وبينما إذا قال لآخر: أدّ عني زكاة مالي، أو أطعم عني عشرة مساكين، فأدى، فإنه لا يرجع على الآمر ما لم يشترط الضمان، فيقول: على أني لك ضامن، وهناك يرجع المأمور على الآمر بما قضى شرط له في ذلك ضمانًا أو لم يشترط.

والوجه في ذلك أن الآمر طلب التمليك من المأمور في الفصول كلها، أمره بأن يقضي عنه، ويؤدي عنه، ولن يكون قاضيًا عنه إلا بعد أن يصير المقضي به ملكًا للآمر إلا أن الملك للآمر إنما يثبت في ضمن ملك القابض؛ لأن الأمر بالتمليك من الآمر إنما يثبت في

فيمن الأمر بالتمليك من القابض عنه، فينظر إلى ملك القابض، فمتى ثبت للقابض ملك مضمون بالمثل ثبت للآمر مثل ذلك، وإذا ثبت للقابض ملك غير مضمون بالمثل، ثبت للآمر مثل ذلك، وفي قضاء الدين إنما ثبت للقابض ملك مضمون بالمثل، ثبت للآمر مثل ذلك، وفي قضاء الدين إنما يثبت للقابض ملك مضمون بالمثل؛ لأنه يملكه بالمثل، حتى لو ظهر أن لا دين عليه يسترد منه المقبوض، فيثبت للآمر ملك مضمون بالمثل، وليس ذلك إلا القرض، وفي باب الزكاة والكفارة يثبت للقابض ملك غير مضمون بالمثل حتى إذا ظهر أن لا زكاة عليه لا يسترد من الفقير ما قبض، فيثبت للقابض مثل ذلك. فإذا ثبت الملك للآمر من عوض دين جميعًا مثل ما ثبت للقابض، ثم قال في الكتاب: فهذا كله باب واحد إذا سمّى المال أو لم يسم المال. فذلك يكون إقرارًا بالدين، وإذا قضى المأمور رجع بما قضى على الآمر، إلا أنه متى لم يسمّ الآمر المال حتى اختلفا في مقدار الدين، كان القول قول الآمر حتى إذا قال الآمر: كان ديني درهم أو فلس كان القول قوله. وإذا سمّى الآمر المال، رجع المأمور عليه بجميع المسمى؛ لأنه لم يسم المال، فقد أقر بأصل الدين، ولم يقر بالمقدار. فيكون القول قوله في المقدار، وإذا سمّى المال، فقد أقر بالدين وبالمقدار جميعًا. وكذلك لو قال: أنقد عني ألف درهم على أني بها ضامن؛ لأنه لو لم يقل: على أني ضامن كان مقرًا بالدين، وكان للمأمور أن يرجع بما قضى على الآمر، فإذا قال: على أني ضامن لها أولى. وكذا إذا قال: على أني لها كفيل؛ لأن الكفيل والضمين سواء.

وكذلك لو قال: على أنها لك عندي، وإن كانت عند تستعمل في الأمانات؛ لأن العمل بحقيقته متعذر؛ لأن ما يؤديه المأمور، يصير قرضًا له على الآمر، والقرض مضمون على المستقرض، فلا يمكننا أن نجعل أمانة، فنجعل كلمة عند بمعنى على؛ لأنها من حروف الصلاة يقرب بعضها بعضًا عند تعذر العمل بحقيقة كل لفظ.

وكذلك لو أن الدافع نقد الطالب مائة دينار، يرجع به على الآمر؛ لأنه أوفاه ألف درهم بالمقاصة؛ لأنه لما ملك الطالب مائة دينار بألف درهم، فصار ألف درهم دينًا له على الطالب، ثم جعلها قصاصًا بالألف التي للطالب على المطلوب، فصار المأمور قاضيًا ما على الآمر بطريق المقاصة، فيعتبر بما لو أوفاه باليد، ولو أوفاه ألف درهم باليد، رجع بها على الآمر، فكذا إذا أوفاه بالمقاصة، وكذلك إن باعه بها خادمًا أو عبدًا

أو عرضاً من العروض يرجع بها على الآمر.

١٦٥٨١- وفي نوادر هشام عن محمد: رجل دفع إلى رجل ألف درهم، وأمره أن يعطيها غريمه، فأعطاه المأمور غيرها من عنده، أو باعه بها ثوباً، أو كان للمأمور على الغريم ألف درهم، فجعلها قصاصاً منها، فهذا كله جائز، قال هشام: يعني لا يكون متطوعاً فيما أدى.

قال محمد: ولو دفع إليه غلاماً، وقال: بعه وأعط فلاناً ثمنه قضاء عما له علي، فأعطاه من عنده من ثمن العبد قبل أن يبيعه فقضاء كأنه على رب الغلام، فهذا متطوع في هذا.

عند أبي يوسف في المنتقى: وإذا قال: ادفع لفلان ألف درهم قضاء له، ولم يقل: عني، أو قال: اقض فلاناً ألف درهم، ولم يقل: عني، ولا قال: على أني ضامن لها على أني كفيل، على أنها لك علي، فدفعها المأمور إلى فلان، فإن كان المأمور شريكاً للآمر، أو كان خليطاً له، وتفسير الخليط أن يكون المأمور في السوق بينهما أخذ وإعطاء، أو بينهما مواضعة على أنه متى جاء رسوله، أو وكيله يبيع منه أو يقرض منه، فإنه يرجع على الآمر بالإجماع؛ لأن الضمان في الخليطين مشروط على الآمر عرفاً؛ لأن المتعارف فيما بين الناس أنه إذا كان بين اثنين شركة أخذ وإعطاء، إذا أمر أحدهما صاحبه بدفع ماله إلى غيره، فإنما يأمر ليكون المدفوع قرضاً على الآمر، والمعروف كالمشروط.

وكذلك إذا كان المأمور معتبر من في عيال الآمر، أو كان المأمور يعول[1] الآمر، يرجع على الآمر بالإجماع، وإن لم يقل: على أني ضامن اعتباراً للعرف، وإن لم يوجد شيء من هذه الأشياء الثلاثة، فالمأمور لا يرجع على الآمر عند أبي حنيفة ومحمد، وعند أبي يوسف: يرجع[2]، فالأول: قوله: اقض فلاناً أو ادفع فلاناً ألف درهم قضاء، كلام محتمل يحتمل عني، وعلى هذا التقدير يثبت له حق الرجوع على الآمر، ويحتمل عنك ومن أجنبي، وعلى هذا التقدير لا يثبت له حق الرجوع على الآمر، فلا يثبت له حق

---

(١) هكذا في ص، وكان في الأصل «د»: معول.

(٢) وفي ص: يرجع فيها.

الرجوع بالشك، إلا أن في الخليطين ترجح قوله على بحكم العرف، ولا عرف في حق غير الخليطين، فبقي الكلام محتملاً احتمالاً على السواء.

١٦٥٨٢- ولو قال لغيره: أنفق عليّ، فأنفق، رجع على الآمر، وإن لم يشترط الرجوع والضمان، في أول لقيط شمس الأئمة السرخسي، وكذلك إذا قال: أنفق على أولادي، فأنفق، كان له الرجوع، وإن لم يشترط الرجوع في كتاب الحقائق[١] في باب نفقة ذوي الأرحام. وذكر الشيخ الإمام ظهير الدين المرغيناني في شرح كتاب الأقضية: أن الأمر بالإنفاق وأداء الخراج والصدقات الواجبة لا يوجب الرجوع إلا بالشرط إلا رواية عن أبي يوسف.

١٦٥٨٣- قال محمد في "الجامع": إذا قال لغيره: ادفع إلى فلان ألف درهم، أو قال: أعط فلاناً ألف درهم على أني ضامن بها، والمدفوع إليه حاضر يسمع هذه المقالة، فدفع المأمور إلى فلان ألف درهم، فالألف قرض للدافع على الآمر، فإذا قبضها تكون أمانة عند الوكيل، إن هلكت في يده، فلا ضمان، وإن أتلفها كان عليه الضمان. وليس للمأمور أن يأخذها من القابض، وللآمر أن يأخذها بعينها من القابض؛ لأن شرط الضمان لا يخلو من أحد وجهين. إما التحمل بطريق الكفالة، وهو المعهود من لفظ الضمان، وإما جهة الأصالة بالاستقراض، والأول لا وجه إليه؛ لأن شرط الضمان بطريق التحمل أن يكون الضمان ثابتاً في حق الأصيل، ولا ضمان على المدفوع إليه هنا ليتحمله الآمر بالكفالة، فتعين جهة الأصالة بالاستقراض، وصار المدفوع إليه وكيلاً عن الآمر بالقبض، كأن الآمر قال للدافع: أقرضني ألف درهم، وادفعها إلى فلان فإني قد وكلته بقبضها، فإذا قبضها صار قرضاً على الآمر وديعة عند الوكيل، وهو القابض إن هلك في يده لا شيء عليه، لكونه أميناً، وإن أتلفه كان عليه الضمان، وإنما شرط في الكتاب أن يكون المدفوع إليه حاضراً يسمع الكلام؛ لأن المدفوع إليه يصير وكيلاً عن الآمر بالقبض، والتوكيل لا يصح قبل علم الوكيل، فيشترط حضرته، وسمعه ليصير وكيلاً.

١٦٥٨٤- ولو قال الآمر: أقرض هذا الرجل ألف درهم على أني ضامن لها،

---

(١) هكذا في هذه النسخ، وكان في الأصل: في كتاب المنتقى في باب نفقة ذوي الأرحام.

والمدفوع إليه حاضر يسمع هذا الكلام ، ففعل ، فإن المأمور يأخذ ماله من أيهما شاء ، ويكون المال قرضاً على القابض والآمر كفيله ؛ لأنه لما أضاف القرض إلى المدفوع إليه هنا ، ثم ذكر ضمان نفسه أمكن حمل لفظ الضمان على ما هو المعهود من هذا اللفظ ، وهو الكفالة لوجود شرطها ، وهو كون المعين مضموناً على المكفول عنه ، فإن المستقرض مضمون على المستقرض ، فحمل على الكفالة . واستشهد محمد في الكتاب ، فقال ألا ترى أن رجلاً لو قال لخليط له : ادفع إلى فلان ألف درهم ، أو قال : أعط فلاناً ألف درهم ، ففعل ، فهو على فلان ، وغرضه من هذا الاستشهاد الفرق بين لفظة القرض وبين لفظة الدفع والإعطاء .

١٦٥٨٥ - وإذا قال لغيره : أعط فلاناً ألف درهم ، أو قال : ادفع إلى فلان ألف درهم على أني ضامن لك عنه بهذه الألف ، والمدفوع إليه حاضر يسمع هذا الكلام ، ففعل ، فالألف قرض للمأمور على القابض ، والآمر ضامن لها عنه يأخذ أيهما شاء

فرق بين هذا وبينما إذا قال : على أني ضامن لها ولم يقل : عنه ، والفرق : أنه لما قال : على أني ضامن عنه ، فقد نص على أن القابض مكفول عنه ، وإنما يصير القابض مكفولاً عنه إذا صار القابض مستقرضاً ، فصار تقدير ما قال : أقرض فلاناً ألف درهم على أني ضامن عنه ، فأما إذا قال : على أني ضامن لها ، ولم يقل عنه ؛ لم يجعل الآمر القابض مكفولاً عنه ، وتعذر أن يجعل الآمر ضامناً له بحكم الكفالة ، فجعل ضامناً له بحكم القرض احتيالاً للصحة .

١٦٥٨٦ - ولو قال : إن القابض هو الذي خاطب الدافع ، فقال : أعطني ألف درهم على أن فلاناً ضامن لها ، فقال فلان : نعم ، فدفع الألف على أن فلاناً ضامن لها ، فإن الألف قرض للمأمور على القابض ، وفلان كفيل بها عنه .

فرق بين هذا وبين ما إذا كان الآمر هو الذي يلي المخاطبة والقابض ساكت . والفرق أن المخاطبة متى كانت من القابض ، فقد جرى بين القابض ، وبين الدافع ما هو سبب الضمان ، وهو سؤال القابض إياه حتى يدفعه إليه بدليل أن القابض لو لم يشترط ضمان غيره ، فدفع كان مضموناً عليه ، فإذا شرط القابض ضمان آخر ، كان هذا ضمان كفالة ؛ لأنه ضمان طرأ على ضمان ثابت على غيره ، وهو حد الكفالة ، وصار تقدير ما

قال القابض: أقرضني ألف درهم على أن فلانًا ضامن بها. فأما إذا كانت المخاطبة من الآمر، لم تجر بين القابض والدافع سبب الضمان، فدل أنه نائب بقول الآمر: على أني ضامن لها، واقتصر على الأول، ودفع إليه الألف، كان القابض أمينًا لا ضمينًا، وكان هذا من الآمر مشورة أن يدفع إليه ألف درهم وديعة، وإذا لم يجر بينهما سبب ضمان تعذر أن يجعل هذا من الآمر ضمانًا بحكم الكفالة على ما مر، فجعل استقراضًا.

١٦٤٨٧ - وإذا قال: أعط فلانًا ألف درهم على أني ضامن لها، فقال فلان: نعم، ففعل، فالقرض على القابض، والآمر كفيله؛ لأن قول فلان: نعم جواب، والجواب يتضمن إعادة الكلام، فصار كأن فلانًا قال: نعم أعطني ألف درهم على أن فلانًا ضامن لها، ولو نص على هذا كانت هذه المسألة عين المسألة المتقدمة.

وإذا قال لغيره: هب لفلان ألف درهم على أني ضامن لها، أو قال: تصدق بها على فلان على أني ضامن لها، ففعل المأمور ذلك، وقبضها الموهوب له منه، كانت الهبة جائزة، والآمر ضامن للدافع، ويكون الواهب في الحقيقة الآمر دون المأمور، حتى كان للآمر أن يرجع في الهبة، ولا يكون للمأمور ذلك، وهذا لأنه تعذر تصحيح هذا الضمان من الآمر بحكم الكفالة عن القابض، إذ لا ضمان على الموهوب له، ولا على المتصدق عليه، فجعل الآمر ضامنًا بحكم القرض حالًا إلا المأمور وكيلًا عن نفسه بالهبة والصدقة، وجعلا للقابض وكيلًا عن نفسه في ابتداء قبضه حتى يتم قرضه، ثم يصير قابضًا لنفسه بحكم الهبة، وصار تقدير المسألة كأن الآمر قال لذلك الرجل: أقرضني ألف درهم، ثم كن وكيلي بالهبة من فلان، ولو نص على هذا كان الجواب كما قلنا، ههنا كذلك.

١٦٤٨٨ - وإذا قال الرجل لغيره: هب لي ألفًا على أن فلانًا ضامن لها، وفلان حاضر، فقال: نعم، ثم وهبه المأمور ألف درهم، فالهبة من الضامن، ويكون المال قرضًا للدافع على الضامن؛ لأن قول القابض هب لي تنصيص على أن لا ضمان عليه لأحد في المقبوض، فلا يمكن أن يجعل قوله على أن فلانًا ضامن لها اشتراطًا للضمان بحكم الكفالة، فجعل ذلك ضمانًا بحكم القرض، وصار فلان بقوله: نعم مستقرضًا الألف من الدافع جاعلًا الدافع وكيلًا عن نفسه في الهبة من القابض احتيالًا للصحة.

١٦٥٨٩ - قال محمد في "الجامع": رجل له على رجل ألف درهم دين، فأمر الغريم رجلاً أن يقضي صاحب المال ماله، فقال المأمور: قد قضيت صاحب المال ماله، فأنا أرجع بذلك المال عليه، وصدقه الغريم في ذلك، وقال صاحب المال: ما قبضت شيئاً، فالقول قول صاحب المال مع يمينه لإنكاره القبض، ولا يرجع المأمور على الآمر بشيء، وإن صدقه الآمر؛ لأن المأمور بقضاء الدين بمنزلة الوكيل بالشراء، فإن الآمر أمره أن يشتري[1] ما في ذمته من صاحب الدين، وينقد الثمن من مال نفسه، وكان ما يستحق المأمور على الآمر بدل ما يسلم له مما في ذمته، ولم يسلم له ما في ذمته هنا، وكان له أن لا يعطيه بدله، كمن اشترى من آخر عبداً، ولم ينقد الثمن حتى أبق العبد من يده، كان له أن لا يعطي الثمن، كذا هنا.

وكذلك الكفيل على هذا، يريد به لو كفل رجل عن رجل بمال بأمر المكفول عنه، فقال الكفيل بعد ذلك: قضيت صاحب المال ماله، وصدقه المكفول عنه بذلك، وكذبه صاحب المال، وحلف، وأخذ ماله من الكفيل، لم يرجع الكفيل على المكفول عنه، لما قلنا.

ولو أن الآمر جحد القضاء أيضاً، فأقام المأمور بينة أنه قضاه صاحب المال، رجع المأمور على الآمر، وتقبل هذه البينة على الطالب أيضاً، وإن كان الطالب غائباً إذا كان الآمر حاضراً، وينتصب الآمر خصماً عن الطالب.

ولو أن الآمر قال للمأمور: إن لفلان علي ألف درهم، فبعه عبدك بها، كان هذا جائزاً؛ لأن العقد لا يتعلق بتلك الدين، وإنما يتعلق بمثله ديناً في الذمة، فيصير كأنه قال للمأمور: بعه بمثل ذلك الدين، ثم اجعل ثمنه قصاصاً بماله علي من الدين، فإن كان باع العبد بها، ثم اختلفا فقال صاحب المال: بعتني إلا أني لم أقبض العبد حتى هلك في يده، وقال الآمر والبائع: لا، بل قبضته، فالقول قول صاحب المال مع يمينه، لإنكاره القبض، فإذا حلف ثبت هلاك المبيع قبل القبض، وذلك يوجب انفساخ العقد من الأصل، فيبطل به حكم المقاصة، وكان لصاحب المال أن يرجع على غريمه وهو الآمر، ولا يرجع المأمور على الآمر، وإن صدقه الآمر. وإن جحد الآمر قبض الطالب، فأقام

---

(١) وفي ف: يشتري له.

المأمور بينة على الآمر على قبض الطالب، حلف بيمينه، ويكون هذا قضاء على الغائب دونها.

١٦٥٩٠ - ولو كان الآمر قال له: صالح فلانًا من الألف التي له علي عن عبدك، فصالحه، فقال الطالب: لم أقبض العبد، وقال صاحب العبد: لا، بل قبض، وأقام صاحب العبد بينة على أنه قبض، فهذا والأول سواء، إلا أن ههنا صاحب العبد يرجع على الآمر بقيمة العبد، وفي فصل البيع يرجع بالدين.

والفرق: أن الصلح حصل بالعبد لا بدينه؛ لأن الصلح إذا أضيف إلى دين يتعلق بعينه لا بمثله، ولهذا لو صالحه على دين، ثم تصادقا على أنه لم يكن عليه الدين بطل الصلح.

وإذا وقع الصلح على العبد، وصار الآمر مستقرضًا العبد من صاحبه، واستقراض العبد يوجب القيمة، وأما البيع إذا أضيف إلى دين لا يتعلق بعينه، وإنما يتعلق بمثله دينًا في الذمة، ألا ترى أنه إذا باعه شيئًا بدين له عليه، ثم تصادقا أنه لا دين لا يبطل البيع، وإذا كان هكذا صار المأمور قاضيًا دين الآمر من ثمن العبد كأنه باع العبد بألف درهم، ثم قضى ذلك [illegible] على الآمر، ولو كان هكذا يرجع على الآمر بمثله، وهو مثل الدين بخلاف مسألة الصلح على ما مر.

١٦٥٩١ - رجل أودع رجلاً ألف درهم، وعلى المودع ألف درهم دين لرجل آخر، فسأل المودع رب الوديعة أن يأذن له حتى يقضي دينه من الوديعة، فأذن له في ذلك، فقال المودع: قد قضيته وصدقه صاحب الوديعة، وكذبه رب الدين، فالقول قول رب الدين؛ لإنكاره القبض، وله أن يرجع على المودع بحقه، ويرجع رب الوديعة على المودع بضمان ماله مع أن القضاء لم يثبت بما أنكر صاحب المال القضاء، بخلاف ما تقدم من أمر المديون رجلاً حتى يقضي دينه من ماله إذا قال المأمور: قضيت وصدقه المديون، وكذبه الطالب وحلف، فإن هناك المأمور لا يرجع على الآمر بما لم يثبت القضاء.

والفرق: أن المودع أقر بسبب الضمان، وهو دفع الوديعة إلى غير صاحبها، فإن دفع مال الغير إلى الغير سبب الضمان، وإنما يخرج من أن يكون سببًا للضمان بـ

(١) وفي الأصل: بسبب.

صرفها إلى غير صاحبها بإذن صاحبها؛ فالإذن كان بجهة القضاء، فإذا لم يثبت القضاء، صار مضيع الأمانة، فصار ضامنًا. فأما فيما تقدم رجع المأمور على الآمر بحكم قضاء دينه بأمره، ولم يثبت القضاء، فلم يثبت له حق الرجوع.

وكذلك إذا كانت الوديعة عبدًا، فأذن صاحب العبد المودع حتى يصالح رب الدين على هذا العبد، وقد سأله المودع ذلك، فقال المودع للطالب: قد صالحتك على العبد وقبضته، وأنكر الطالب ذلك، فالقول قول الطالب لما قلنا، ويرجع الطالب على المديون بدينه، ويرجع الآمر على المأمور بقيمة العبد، وإنما يرجع صاحب العبد على المودع بقيمة العبد هالك؛ لأن العبد ليس من ذوات الأمثال، ولا كذلك فصل الدراهم.

ولو لم يأمره بالصلح، ولكن أمره بالبيع، فقال المأمور: بعته وسلمته، وقال الطالب: ما قبضته، وقد هلك العبد، وصدق صاحب العبد المودع، فالقول قول الطالب، ويرجع بماله على الآمر، ولا يرجع صاحب الوديعة على المودع بشيء بخلاف مسألة الصلح.

والفرق ما ذكر أن في الصلح تقع المقاصة بين العبد وصاحب العبد أمره بالدفع على وجه يقع به القضاء، فإذا لم يقع به القضاء بقي دفع الأمانة لا بالجهة التي أمر المالك بها، فيصير مضيعًا ضامنًا، أما في البيع القضاء يقع بثمن العبد لا بعين العبد، فبقي الأمر بالبيع مطلقًا لا مقيدًا بجهة القضاء، وكان البيع حاصلاً برضاء المالك، فلا يكون تضييعًا للأمانة، ولا يمكن تحقق التضييع في الثمن؛ لأن الثمن لم يصل إلى يد المأمور. فإن قال المودع في فصل البيع: إني قد بعت العبد، فلم يقبضه مني حتى مات العبد، وصدقه الطالب في ذلك، فأقام صاحب العبد بينة على المطلوب أنه باع عبده من الطالب، وسلمه إليه قبل قضاء القاضي ذلك منه، وقضى بالدين للآمر على المأمور، ولا يكون ذلك قضاء على الغائب، وهو الطالب، حتى إذا حضر كان له أن يرجع على المطلوب بحقه.

فرق بين هذا وبين ما تقدم، وهو أن المأمور ببيع ماله من الطالب قضاء بدينه إذا أقام البينة على البيع والتسليم عند إنكار الآمر، وقضى القاضي على الآمر للمأمور، فإن الغائب يصير مقضيًا عليه على ما مر.

والفرق: وهو أن الحاضر إنما ينتصب خصماً عن غائب بما هو خصم بنفسه لو كان حاضراً، وهنا الغائب لو كان حاضراً، وأقام صاحب العبد البينة عليه أن وكيله باع هذا العبد منك، لا تقبل بينته، إذ الوكيل لا يكون خصماً للمشتري في إثبات عقد وكيله على ما عرف. فلا يمكن أن يجعل الحاضر خصماً عن الغائب، فأما المأمور ببيع ماله لو أقام البينة على الطالب أني بعتك عبدي بكذا، وسلمته إليك، وأنكر الطالب، تقبل بينته، فجاز أن ينتصب الحاضر خصماً عن الغائب.

ولو كان أمر صاحب العبد المودع أن يرهن عبده بدينه، فقال: رهنته، وقبضه المرتهن، فمات في يده، وصدقه صاحب العبد، وكذبه صاحب الدين. فالقول قول صاحب الدين، ويرجع الطالب على المطلوب بدينه، ولم يرجع الآمر على المأمور بشيء، وهذا ومسألة البيع سواء؛ لأنه رهنه بتوكيله وأمره، وهلاك القضاء بطريق المقاصة، وذلك مال في ذمة الطالب. ولم يصل إليه يد المودع ليؤاخذ ضمانه بحكم التضييع.

ولو كان المأمور قال: رهنته ولم أسلم إليه، والطالب أيضاً يقول: ما قبضته، فأقام الآمر البينة على أنه قبضه الطالب، ومات عنده قضى القاضي للآمر بمثل الدين على المأمور، ويرجع الطالب أيضاً بماله على المديون، ولم يكن القضاء على المأمور قضاء على الطالب باستيفاء دينه والمعنى ما ذكرنا في مسألة البيع.

١٦٤٩٢ - وإذا كان للرجل على رجل ألف درهم، فقال المديون لرجل: ادفع إلى هذا الرجل ألف درهم؛ ليقبضها من الألف التي له علي على أني ضامن لك الألف التي تدفعها حتى أدفعها إليك، فقال المأمور: دفعت وصدقه بذلك الآمر، وكذبه الطالب، كان القول قول الطالب لإنكاره الاقتضاء، ويرجع المأمور على الآمر بالألف.

ولو كان المديون قال له: ادفع إلى فلان ألف درهم قضاء من ماله الذي له علي على أني ضامن لما يدفع إليه، فقال المأمور: دفعت وصدقه الآمر بذلك، وكذبه الطالب، وحلف ورجع على الغريم بدينه لم يرجع المأمور على الغريم.

والفرق أن في الفصل الأول الأمر يتناول مطلق الدفع؛ لأن في قوله ليقبضها ليس نصبة للدفع، ولا تفسيراً له، بل هو إخبار عما يصنعه المدفوع إليه، فبقي الأمر بالدفع

هذا التقدير كان المأمور كفيلاً بالمال، وليس للكفيل أن يمتنع عن أداء المال إلى المكفول له حال غيبة المكفول عنه. وأما أن لا يكون للمكفول له دين على الآمر، ويكون للآمر ديناً على الكفيل، وعلى هذا الاعتبار يكون المكفول له وكيلاً بالقبض، وليس للمضمون أن يمتنع عن تسليم الدين إلى وكيل الطالب. فإن كان الآمر حاضراً إن كان المأمور خليطاً للآمر، فله أن يمتنع من دفعها إلى المكفول له استحساناً عندهم جميعاً؛ لأنه متى كان خليط الآمر صار كفيلاً عنه على ما مر قبل هذا، وللكفيل أن يمتنع عن تسليم المال المكفول به حال حضرة الآمر به، إذ لا يلحق المكفول له بهذا الامتناع ضرر؛ لأنه يمكنه أخذ الحق من المكفول عنه، وليس له أن يمتنع عن التسليم حال غيبة الآمر؛ لأنه يلحق المكفول له بهذا الامتناع ضرر، فإذا لم يكن المأمور خليطاً للآمر، ففي قول أبي حنيفة ومحمد: ليس له أن يمتنع عن تسليم ما ضمن إلى المكفول له؛ لأن على قولهما: إذا لم يكن المأمور خليط الآمر يصير كفيلاً عن الأجنبي، لا عن الآمر، ولهذا لم يكن له الرجوع على الآمر والأجنبي غائب، وقد ذكرنا أن حال غيبة المكفول عنه ليس للكفيل الامتناع عن التسليم -والله أعلم-.

الفصل السابع والعشرون
في المتفرقات

١٦٥٩٤ - إذا كفل بنفس فلان أو فلان، فهو جائز، ويدفع الكفيل أيهما شاء ويبرأ، وكذلك إذا كفل بنفس فلان، أو بما عليه وهو مائة درهم، فهو جائز، ويدفع الكفيل أيهما شاء، ويبرأ، وإنما جوزت هذه الكفالة لأنها لو لم تجز إنما لم تجز لجهالة المكفول به، فأما المكفول عنه فمعلوم إلا أن جهالة المكفول به لا تمنع جواز الكفالة وإن فحشت.

وكذلك إذا كفل بنفس فلان أو بما عليه أو بنفس فلان آخر، أو بما عليه جاز؛ لأنه لو لم يجز إنما لا يجوز لجهالة المكفول عنه، إلا أن هذه جهالة مع اشتراط الخيار لأن كلمة «أو» كلمة تخيير، وجهالة المكفول عنه مع اشتراط الخيار لا تمنع جواز الكفالة؛ لأن جهالة المبيع في شيئين أو ثلاثة مع اشتراط الخيار لا تمنع جواز البيع، فلأن لا تمنع جواز الكفالة والكفالة أوسع حالاً من البيع أولى.

١٦٥٩٥ - وإذا كفل بنفس رجل لرجل، فمات الطالب، فالكفالة بالنفس على حالها، فبعد ذلك إن دفع الكفيل المكفول به إلى وصي الميت، يبرئ عن الكفالة، سواء كان في التركة دين أو لم يكن، وإن دفعه إلى وارث الميت إن كان في التركة دين لا يبرأ بالدفع إليه، سواء كان الدين مستغرقًا، أو لم يكن في التركة دين يبرأ بالدفع إلى الوارث، وإن كان ورثة الميت جماعة، فدفع إلى واحد منهم، فإنه برأ عن حصة المدفوع إليه، فأما لا يبرأ عن حصة الباقين.

وكذا لو كان في ماله قصر عن الدين، وقد كان الميت أوصى بثلث ماله، فدفع الكفيل المكفول به إلى الوارث، أو إلى الموصى له، أو إلى الغريم لا يبرأ. ولم يذكر في الكتاب أنه إذا دفعه إلى الثلاثة جميعًا، وقد قيل: يبرأ بالدفع إليهم؛ لأن الحق لهم لا يعدوهم. وقال شمس الأئمة السرخسي: والأصح عندي أنه لا يبرأ، فإن أدى الوارث الدين والوصية جاز ذلك الدفع إلى الورثة، ويبرئ الكفيل؛ لأن المانع من صحة الدفع إليهم قيام حق الموصى له والغريم، وقد زال ذلك.

١٦٤٩٦ - وإذا كفل رجل بنفس رجل على أنه إن لم يواف به في يوم كذا، فالألف التي للطالب عليه علي، ثم كفل آخر بنفس الكفيل على أنه لم يواف به في يوم كذا، فالمال الذي كفل به علي، فوافى الكفيل بالمطلوب، ودفعه إليه في ذلك اليوم، فالكفيلان جميعاً بريئان عن الكفالتين. أما الكفيل الأول: أما عن الكفالة بالنفس فلأنه سلم النفس، وأما عن الكفالة بالمال فلأنه لم يوجد شرط تحققها. وأما الكفيل الثاني: فلأنه قد برئ الكفيل الأول، والكفيل الأول أصيل في حق الثاني، وبراءة الأصيل توجب براءة الكفيل، وإن وافى الكفيل الثاني بالكفيل الأول في ذلك اليوم، ولم يواف الكفيل الأول بالمطلوب، برئ الكفيل الثاني عن الكفالتين، والكفيل الأول كفيل بالكفالتين.

١٦٤٩٧ - وإذا كفل رجل بنفس رجل على أنه إن لم يواف به في يوم كذا، فعليه ما عليه من المال، فلم يواف به في ذلك اليوم حتى صار كفيلاً بالمال، ثم إن الكفيل أدى المال إلى الطالب، فإنه لا يبرأ عن الكفالة بالنفس؛ لأن الكفالة بالنفس حصلت مطلقة لا بالمال الذي أدى، فمن الجائز أنه كفل بنفسه بسبب هذا المال، فيبرأ، ومن الجائز أنه كفل بنفسه بسبب مال آخر، فلا يبرأ بأداء هذا المال، ووقع الشك في براءته، فلا يبرأ بالشك.

١٦٥٩٨ - وإذا كفل الرجل بنفس رجل، ثم إن الطالب أقر أنه لا حق له قبل المكفول بنفسه، ثم أراد أن يأخذ الكفيل بتسليمه، فله ذلك؛ لأن المعنى بقول الطالب: لا حق لي قبل المكفول به من حيث الحقيقة الحق الثابت للطالب قبل المكفول به بحكم الملك لا بحكم النيابة عن الغير، وقد يكون الحق قبل المكفول به لغيره، والطالب يكون وكيلاً عنه في الخصومة، أو يكون الدين لميت والطالب يكون وصياً عنه.

بيان هذا: أن الطالب نفى حقاً مضافاً إليه على الإطلاق، والحق المضاف إليه بطريق الإطلاق المضاف إليه على طريق الأصالة؛ لأنه يكون مضافاً إليه بحكم الدعوى والملك، أما الحق المضاف إليه بطريق النيابة مضاف إليه بحكم الدعوى، لا بحكم الملك، وإذا انصرف إليه صار كأنه صرح به، فقال: لا حق لي قبل فلان بحكم الملك، ولو صرح به لم يكن هو مصرحاً ببراءة الكفيل؛ لأنه إذا أبرأ الأصيل عن الحق الثابت

١٦٥٩٩ - وإذا قال الرجل لغيره: كفلت لك بنفس فلان، ولم يكن المكفول له يدعي على المكفول به شيئاً، فالكفالة جائزة، ويجعل في حق الكفيل كأن حضور الكفيل به مجلس الحكم مستحق عليه للطالب، فتكون الكفالة واقعة بحق مستحق على الأصيل في زعم الكفيل والمدعي، وكان بمنزلة ما لو كفل عن رجل بمال، والمكفول عنه ينكر المال، صحت الكفالة؛ لأن المال واجب في زعم الكفيل والمدعي، فإن خاصم الطالب الكفيل بالنفس إلى القاضي، فقال الكفيل: إنه لا حق له قبل المكفول به، فالقاضي لا يلتفت إلى قوله، ويأخذه بالكفالة.

١٦٦٠٠ - وإذا قال الطالب للكفيل بالنفس: قد برئت إلي من صاحبي، فهذا إقرار منه بالتسليم؛ لأنه أقر ببراءة ابتداؤها من الكفيل، وانتهاؤها بالطالب، وذلك يكون بالتسليم، وقد مر نظير هذا في الكفالة بالمال.

١٦٦٠١ - وإذا كفل وصي الميت غريماً للميت بنفسه من رجل، فدفعه الكفيل إلى وارث الميت، لا يبرأ إذا كان في التركة دين، وأما إذا لم يكن في التركة دين: يبرأ بالتسليم إلى وارث الميت استحساناً.

١٦٦٠٢ - وإذا كفل رجل لرجلين بنفس رجل، وسلمه إلى أحدهما لا يبرأ عن كفالة الآخر، وكذلك لو كانا وصيين، فدفع الكفيل إلى أحدهما لا يبرأ عن كفالة الآخر، إذا حصلت الكفالة بعقدهما؛ لأنهما في حقوق العقد كالمالكين، ولو كانا مالكين، ودفعه الكفيل إلى أحدهما لا يبرأ عن كفالة الآخر، كذا هنا، وهذا الجواب عندهم جميعاً، وإن كان المذهب عند أبي يوسف: أن أحد الوصيين ينفرد بالتصرف؛ لأن هذا حق ثبت لهما بعقدهما، فلا ينفرد أحدهما به، كما لو باعا عبداً من تركة الميت، ثم إن أحدهما قبض جميع الثمن، لا يبرأ المشتري من حصة الآخر بلا خلاف، وإنما مذهب أبي يوسف في حق وجب للميت لا بعقدهما.

١٦٦٠٣ - وإذا كفل بوجه رجل على أنه إن لم يواف به غداً، فعليه الألف التي له عليه؛ فالكفالة جائزة على ما شرط، ولو كفل بيده أو رجله، أو ما أشبه ذلك على أنه إن لم يواف به، فعليه الألف التي له عليه، فلم يواف به لا يلزمه شيء، والوجه في ذلك أن تعليق الكفالة بالشروط عرف بخلاف القياس بالتعامل، والناس ما تعاملوا تعليق

الكفالة مؤكدة لكفالة الأولى، وإنما يتصور تأكيد الأولى بالثانية إذا صحت الأولى، والكفالة باليد والرجل غير صحيحة بخلاف الكفالة بالوجه.

١٦٦٠٤ - ولو كفل بنفس رجل على أنه إن لم يواف به غداً فقد أحال الطالب عليه بألف درهم التي على المطلوب، فلم يواف به في الغد، فإن المال على الكفيل؛ لأنه لو علق الكفالة بعدم الموافاة لزمه إذا وجد شرطها، فكذلك إذا علق الحوالة بها، لأن الحوالة والكفالة في حق إلزام المال على السواء.

١٦٦٠٥ - إذا كفل لرجل عن رجل بماله عليه، ثم اختلف الكفيل والمكفول عنه والمكفول له، فأقر الكفيل بمائة درهم، وادعى المكفول له عشرين ديناراً، وأقر المكفول عنه بكر حنطة، فلا شيء على الكفيل والمكفول عنه؛ لأن الطالب لما ادعى الدنانير فقد كذب الكفيل والمكفول عنه فيما أقرا له به، والإقرار يبطل بالتكذيب، فكأنهما لم يقرا، وادعى الطالب عليهما عشرين ديناراً، ولو كان كذلك كان يحلف كل واحد منهما على دعوى الطالب، فكذا ههنا، فإن حلفا برئا عن الدعوى، وإن حلف أحدهما، ونكل الآخر، فالذي نكل لزمه المال، والذي حلف برئ عن الدعوى[1].

فإن قيل: إذا حلف المكفول عنه وبرئ، ينبغي أن يبرأ الكفيل ببراءته ولا يحلف، قلنا: براءة المكفول عنه إنما توجب براءة الكفيل إذا حصل براءة الكفيل بالإبراء، أما إذا حصل براءته بالحلف فلا؛ لأن الحلف شرع لبراءة الحالف، لا لبراءة غيره، حكي عن الشيخ الإمام الزاهد نجم الدين النسفي: أنه رد محضراً فيه دعوى المال بالكفالة.

صورتها: رجل له على رجل كذا من حنطة الجيدة، وكذا من الدراهم، فكفل له رجل كفالة صحيحة، فقال: السؤال غير تام؛ لأن الكاتب لم يكتب أنه كفل بالمال أو بالنفس، ولو كان فيه أن الكفالة بالمال لابد من بيان أنها بالأمر أو بغير أمره، وليس فيه أيضاً أن المكفول له قبل في المجلس.

وفي فتاواه أيضاً، ورد فتوى بهذه اللفظة: كفل رجل عن رجل مالاً، ورضي به صاحب الحق، قال: لا يلزم الكفيل شيء؛ لأن الرضا عمل القلب، والحاجة إلى القبول باللسان.

---

(١) من قوله: وإن حلف ... إلى قوله: برئ عن الدعوى ساقط من الأصل، أثبتناه من ط

١٦٦٠٦ - قال محمد في الجامع: ثلاثة نفر لهم على رجل ثلاثة آلاف درهم، لكل واحد منهم ألف درهم على حدة، فشهد اثنان منهم لثالث على رجل أنه كفل بنفس فلان المطلوب له، قبلت شهادتهما، ولو كان المال كله مشتركا بين الثلاثة لا تقبل شهادتهما.

والفرق: أن في الفصل الأول شهدا بما لا شركة لهما فيه؛ لأنهما شهدا بالكفالة بنفس المطلوب، ولا شركة لهما في ذلك، أكثر ما فيه أن للشاهدين فيه منفعة وهي التمكن من مطالبة الغريم، إلا أن هذا ليس بأمر لازم لهذه الشهادة؛ لأنه يحتمل أن الكفيل يسلمه حال غيبة هذين الشاهدين، ولا اتصال للتسليم بحضرة الشاهدين، فكان منفعة الشاهدين من حيث التمكن من الملازمة حال حضرتهما مضافا إلى حضرتهما لا إلى شهادتهما، ومثل هذا لا يمنع القبول، كما لو شهد رب الدين لمديونه بالنفس على رجل، قبلت شهادته، وإن كان للشاهد في هذه الشهادة منفعة، وهو تمكنه من استيفاء المال، ولكن قيل: بأن هذا ليس بمعنى لازم، فإن الغريم إذا وصل إليه المال، كان له أن لا يدفع إلى الشاهد، وإذا دفع كان الدفع مضافا إلى دفعه لا إلى الشهادة، أما في الفصل الثاني فقد شهدا بشيء لهما فيه شركة من حيث المعنى؛ لأن المشهود به هو الموافاة بالنفس، ولهما فيه شركة من حيث المعنى؛ لأن المقصود من الموافاة بالنفس هو المال، ويعني قبض المشهود له المال، كان لهما فيه شركة، فكانا شاهدين لأنفسهما، فلا تقبل الشهادة.

١٦٦٠٧ - وفي كتاب الأقضية: وإذا كان لرجل على رجل ألف درهم، فأمره أن يكفل به لرجل عليه ألف درهم؛ يعني أمر رب الدين مديونه أن يتكفل عن رب الدين لرجل له على رب الدين دين، فكفل ودفعه، ثم جحد المكفول له أن يكون قبض شيئا، فإن الكفيل المديون لا يبرأ. وقال أبو يوسف في الكفيل بالدرك: يأخذ المشتري بالثمن إذا قضي عليه بالاستحقاق، وقال أبو حنيفة: لا خصومة بين المشتري وبين الكفيل حتى يقضى على البائع، وهذا بناء على أن نفس الاستحقاق هل يفسخ العقد، وهل يجب على البائع رد الثمن إلى المشتري، فعلى قول أبي حنيفة: لا ينفسخ العقد، ولا يجب على البائع رد الثمن على المشتري، فكيف يؤاخذ الكفيل؟

١٦٦٠٨ - وفي «المنتقى»: رجل قضى رجلاً ألف درهم في كيس، فخاف أن ينقص من الألف، فضمن له رجل ما نقص من الألف، فوجدها وافياً إلا أنه زيوف، فلا ضمان عليه في قياس قول أبي حنيفة من قبل أنه لو أنفقها لم يرجع بشيء، وفي قول أبي يوسف: يضمن ألفاً جياداً، ويرد الزيوف على الغريم.

وكذلك إن كان عليه ألف درهم وضح، فقال المطلوب: في هذا الكيس ألف درهم وضح، فخذها قضاءً، فأخذها، وضمنها رجل، فإذا هي غلة، فالضمان باطل في قياس قول أبي حنيفة، وقال أبو يوسف: عليه ألف درهم وضح، يعني على الكفيل، قال محمد في «الأصل»: وإذا كان الدين بين رجلين، فكفل أحد الرجلين لشريكه بحصته، فالكفالة باطلة؛ لأنها لو صحت إما أن تصح بنصف دين مفرز أو بنصف دين شائع، لا وجه إلى الأول؛ لأن الإفراز لا يتحقق إلا بالقسمة، وقسمة الدين قبل القبض لا تتحقق، ولا وجه إلى الثاني؛ لأنه يصير كفيلاً لنفسه معنى؛ لأنه متى قضى بنصف الدين للمكفول له، وذلك خمسمائة، كان للكفيل أن يأخذ نصف ذلك، وذلك مائتان وخمسون؛ لأن المقبوض من دين مشترك، وإذا قبض الكفيل مائتين وخمسين، ينتقض القضاء بذلك القدر من الأصل فيما قبض؛ لأن الواحد لا يصلح أن يكون قاضياً من نفسه مقتضياً[1]، وإذا انتقض القضاء بقدر ما قبض صار كأنه لم يؤد إلا مائتين وخمسين، فيكون له نصف ذلك، هكذا إلى أن ينتهي إلى آخره، فهو معنى قولنا: إنه يصير كفيلاً لنفسه، وكفالة الإنسان لنفسه باطلة.

١٦٦٠٩ - وإذا كان لامرأة على زوجها ألف درهم من صداقها، فكفل به لها رجل عن الزوج، ثم ماتت المرأة، فورثها زوجها وأخوها، فإنه يبرأ الكفيل عن النصف؛ لأن الزوج لما ورث نصف الصداق فقد برئ عن النصف، وبراءة الأصل توجب براءة الكفيل، ويبقى كفيلاً بنصف الأخ.

١٦٦١٠ - وإذا كفل الرجل عن رجل بألف درهم، ثم مات الطالب، ووارثه المطلوب، فقد برئ الكفيل حتى لا يكون للمطلوب أن يتبعه؛ لأن المطلوب قد برئ؛

---

(١) هكذا في ظ و ب، وكان في الأصل: «مقضياً».

لأنه ملك ما في ذمته بالإرث، ولو كان كفل بها بشرط براءة الأصيل[١]، ثم مات الطالب، والمطلوب وارثه، هل له أن يتبع الكفيل؟ فإن كان كفل بأمر المطلوب بشرط براءة المطلوب لم يكن للمطلوب اتباع الكفيل؛ لأنه لو اتبعه، وأخذ منه ما كفل به، كان للكفيل أن يأخذ منه ثانيًا؛ لأنه كفل بأمره، فلا يفيد الأخذ، وإن كان بغير أمره، فإنه يتبعه؛ لأنه لو اتبعه، وأخذ منه ما كفل به لا يكون للكفيل أن يرجع عليه بمثله؛ لأنه ما كفل بأمره، فيفيد الأخذ، بخلاف المسألة الأولى، وهي ما إذا كانت الكفالة من غير شرط براءة المطلوب، فإن هناك إذا مات الطالب، والمطلوب وارثه، فالمطلوب لا يطالب الكفيل بشيء، سواء كانت الكفالة بأمره أو بغير أمره.

والفرق: أن المانع من اتباع الكفيل في المسألة الأولى براءة الكفيل؛ لأن المطلوب قد برئ من الدين لما ورثه[٢] وبراءة الأصيل توجب براءة الكفيل كفل بأمره أو بغير أمره، وبراءة الكفيل مانعة اتباع الكفيل، أما في المسألة الثانية المانع من اتباع الكفيل ليس براءة الكفيل؛ لأن الكفيل بشرط براءة الأصيل حويل، وبراءة الأصيل لا توجب براءة الحويل، إذ لو وجب ذلك ما صحت الحوالة أصلا؛ لأن الأصيل برأ بنفس الحوالة. وإذا كان براءة الأصيل لا توجب براءة الحويل، كان الدين باقيًا في ذمة الحويل، فورث المطلوب ما عليه إلا أن المانع من الأخذ متى كفل بأمره عدم الفائدة، وإذا كفل بغير أمره، فالأخذ مفيد على ما مرّ، فلهذا افترقا.

هذا الذي ذكرنا إذا مات الطالب، والمطلوب وارثه، فأما إذا مات الطالب، والكفيل وارثه، فإن الكفيل برئ عن المال، وهل يرجع على المكفول عنه؟ ينظر إن كان كفل بأمره يرجع، وإن كان كفل بغير أمره لا يرجع، وكان ينبغي أن يرجع عليه سواء كان كفل بأمره، أو بغير أمره؛ لأن الكفيل ما ملك هذا الدين بسبب الكفالة، إنما ملكه بسبب الإرث، ألا ترى أنه كان يملكه، وإن لم يكن كفيلا، وإذا ملكه بسبب الإرث لا بسبب الكفالة، كان تمليكه إياه بسبب الإرث، وهو كفيل، وتمليكه إياه بسبب الإرث، وهو ليس بكفيل سواء، ولو تملكه بسبب الإرث، وهو ليس بكفيل، أليس أنه يرجع

---

(١) هكذا في ط وف، وكان في الأصل: "بشرط براءة الأصيل، ثم شرط براءة الأصيل، ثم مات... إلخ".

(٢) هكذا في ط وف، وكان في الأصل: "إلى وارثه".

على المطلوب على كل حال، كذا هاهنا بخلاف ما إذا بيّن، أو وهبه له؛ لأنه إنما ملك الدين بسبب الكفالة؛ لأنه ملك بالإيفاء، والإيفاء لزمه بالكفالة، وبسبب الكفالة صحت الهبة أيضًا، وإن لم يسلط الواهب على القبض، والكفيل إذا ملك الدين بسبب الكفالة إن كان كفل بأمر المكفول عنه يرجع عليه، وإن كان كفل بغير أمره، لا يرجع عليه.

والجواب عنه أن الكفيل بأمر إنما ملك ما في ذمته، وإنما برئ عن الدين، وملك ما في ذمته كان بسبب الكفالة، فإنه لو لم يكن كفيلًا لما كان يملك ما في ذمته، وإذا كان إلا ما في ذمة الأصيل، فملكه ما في ذمته حصل بسبب الكفالة، وكان بمنزلة ما لو ملكه بالهبة، فكان ما ذكر من الجواب صحيحًا من هذا الوجه.

١٦٦١١- وإذا ادعى مسلم على مسلم مالًا وجحده، وادعى الطالب كفالة رجل من أهل الذمة عنه بذلك بأمره، وجحد الكفيل، فشهد له بذلك ذميان، جازت شهادتهم على الذمي، ولم تجز على المسلم حتى لو أدى الكفيل ذلك لا يرجع به على الأصيل. هكذا ذكر المسألة في عامة الروايات في كفالة الأصل، وذكر في بعض الروايات: أنه لا تقبل هذه الشهادة أصلًا؛ لأن الكفيل يستحق عن الأصيل، ولم يلزم الأصيل بهذه الشهادة شيء، فلا يلزم الكفيل.

وجه ما ذكر في عامة الروايات: أن هذه الشهادة حجة على الكفيل إن لم يكن حجة على الأصيل، فيعتبر المال واجبًا في حق الكفيل، وإن كان لا يعتبر واجبًا في حق الأصيل، ويجوز أن يعتبر المال واجبًا في حق الكفيل، وإن كان لا يعتبر واجبًا في حق الأصيل، ألا ترى أن من قال لغيره: لك على فلان ألف درهم، وكفلت بها لك عنه، وأنكر الأصيل ذلك أخذ به الكفيل، ولم يؤخذ به الأصيل، كذا هنا.

١٦٦١٢- ولو قال لغيره: إن غصبك فلان من شيء، فأنا به كفيل صحت؛ لأنها كفالة أضيفت إلى سبب الوجوب، وقد وقعت لمعلوم عن معلوم فصحت، وإن كان المكفول به مجهولًا كما لو قال: ما بايعت فلانًا، فأنا كفيل لك بما يجب لك عليه من الثمن، بخلاف ما لو قال: إن غصبك إنسان شيئًا، فأنا كفيل به، حيث لا تجوز الكفالة؛ لأنها كفالة مضافة إلى وقت في المستقبل، ولأنه وقعت عن مجهول، والقياس يأبى

الأصيل، وإن شاء من الكفيل، وإن كان أبى المشتري ذلك، فعلى المشتري قيمة المشتري، وليس له أن يأخذ الكفيل بقيمة المشتري؛ لأنه كفل بالثمن لا بالقيمة، إذا قال لغيره: ما أقر لك به فلان، فهو علي، فمات الكفيل، ثم أقر فلان بشيء من المال، فالمال لازم في تركة الكفيل، وكذلك ضمان الدرك.

١٦٦٤٦- في فتاوى أبي الليث: وسئل شمس الإسلام الأوزجندي عن رجل ضمن لرجل عشرة دراهم حتى يسعى في تزويج فلانة منه، قال: لا يصح ضمانه، وأفتى أئمة بخارى بصحة ضمانه، وقيل: إن بين المالك وفلانة يصح، وما لا فلا.

وعنه أيضاً في سلطان صادر رجلاً وألزمه مالاً، فضمن رجل هذا المال، وبذل الخط ضمانه، وإن أدى الضامن [المال][1] كان له الرجوع على المضمون عنه، وهكذا حكي فتوى شمس الأئمة السرخسي، والمعير إذا أخذ كفيلاً من المستعير بالرد، أو المغصوب منه إن أخذ كفيلاً من الغاصب بالرد حتى جازت الكفالة على ما ذكرنا في صدر الكتاب، ثم إن الكفيل حمل المكفول، وسلمه إلى المالك، كان للكفيل حق الرجوع على المستعير والغاصب بقيمة الحمل، وهو أجر مثل عمله، وهذا استحسان، والقياس أن لا يرجع عليه بشيء؛ لأنه أفاد الرد، وذلك فعل، ومنفعة وهي لا تتقوم بدون عقد الإجارة، إلا إنا استحسنا، وقلنا: بثبوت حق الرجوع لما قلنا؛ لأن عقد الكفالة عقد موجبه الرجوع بمثل المكفول به عند الإمكان، وبالبدل عند العجز، ألا ترى أن الكفيل بالرطب إذا أدى، ثم انقطع أوان الرطب يرجع على المكفول عنه بقيمته، وإذا أمره بالكفالة، فقد ضمن له بدل ما التزم الكفيل بالكفالة، وهو الحمل، فكأنه استأجره على ذلك، فثبتت الإجارة بينهما تقديراً، وتقومت المنافع.

ولو أن المعير أو المغصوب منه لم يأخذ كفيلاً بالحمل، ولكن أخذ منه وكيلاً يوفي ذلك في منزله، أو حيث استعار منه، أو غصبه منه، يجوز التوكيل، لكن لا يجبر الوكيل على النقل بخلاف الكفيل؛ لأن الوكيل لم يضمن شيئاً للمالك، إنما وعد أن يتبرع عليه بذلك، والوعد بالتبرع لا يلزم شيئاً بخلاف الكفيل؛ لأنه ضمن ما كان على المكفول عنه، فيجبر على القضاء، ألا ترى أن الوكيل بقضاء الدين لا يجبر على

(١) زيد من ف

القضاء، والكفيل بالدين يجبر على الأداء.

١٦٦١٧- وفي "المنتقى": رجل له على رجل ألفا درهم، وكفل بها كفيل، فمات المطلوب، وكانت الكفالة بأمره، وترك المطلوب ألف درهم لا غير، فأخذ الطالب ذلك من تركته، وأخذ من الكفيل ألف أخرى، ثم قال: الكفيل للطالب: قد وجب لي على المطلوب ألف درهم، فلي أن أحاصك[1] بها في الألف التي هي تركة المطلوب، قال: لا يحاصه[2]؛ لأنه لو أخذ منه شيئًا، يرجع هو عليه بذلك حتى يستوفي دينه، فلا يفيد الأخذ.

سئل الشيخ القاضي الإمام شمس الإسلام محمود الأوزجندي عمّن قال لغيره: مر جه ترا فلان بثكند، فهو عليّ، لا يصح هذا الضمان؛ لأنه لم يذكر المضمون له، فإنه لم يقل: فهو لك، وعلى هذا فصل اختلف المشايخ فيه، بعضهم قالوا: لابد من ذكر "لك" في الضمان لصحة الضمان، وهذا القائل يقول أيضًا: إذا ادعى رجل على غيره مالاً بسبب الضمان عن رجل، لابد لصحة الدعوى من أن يقول: ضمن لي، وبعض مشايخنا قالوا: لا يشترط ذكر "لك" وذكر محمد مسائل تدل على أن ذكر "لك" ليس بشرط.

فمن جملة ذلك ما ذكر ابن سماعة عنه في "نوادره": إذا قال الرجل لغيره: إن جنى عليك فلان، فأنا كفيل بنفسه، فقال ذلك الرجل بعد ذلك: قد جنى عليّ فلان، فادفعه إليّ، وأنكر الكفيل ذلك، فأقام الرجل بينة على فلان بالجناية عليه، فهذا جائز، والكفيل خصمه والقضاء نافذ على الجاني، ولا تعاد البينة عليه، فقد جوّز هذه الكفالة مع أن الكفيل لم يقل: أنا كفيل بنفسه لك.

١٦٦١٨- وفي "نوادر ابن سماعة" أيضًا: إذا قال الرجل لغيره: إن لم يعطك فلان مالك، فهو عليّ، فهذا جائز، وإذا طلبه ولم يعطه لزم الكفيل المال، فقد جوّز هذه الكفالة مع أن الكفيل لم يقل: عليّ لك.

١٦٦١٩- وذكر في "الجامع الصغير": إذا كان للرجل على رجل مائة درهم،

(١) هكذا في الأصل وظ، وكان في م: "أخاصمك".

(٢) هكذا في الأصل وظ، وكان في ف وم: "لا يخاصمك".

مؤجلاً إلى شهر، وادعى المكفول له الكفالة حالة، فالقول قول المكفول له.

١٦٦٢٧ - هشام عن محمد: في رجل له على رجل مال، وبه كفيل، فقال الكفيل: قضيته، وقال المكفول عنه: أنا قضيته، وقال الطالب: قبضته من الكفيل، فالقول قول الطالب.

١٦٦٢٨ - وفي «نوادر المعلى» عن أبي يوسف: رجل له على رجل ألف درهم، ألف من كفالة كفل بها عن رجل، فقضاه ألف درهم، فله أن يجعلها من أي المالين شاء، وإن مات قبل أن يبين، فلا خيار لورثته في ذلك.

١٦٦٢٩ - وفي «نوادر بشر» عن أبي يوسف: في رجل كفل لامرأة بصداقها عن زوجها، فغاب الزوج، فأقام الكفيل بينة أن النكاح فاسد بوجه من الوجوه، فالقاضي لا يقبل هذه البينة، ولو ادعى أنها أبرأت الزوج، أو أن الزوج أعطاها، أو باعها به شيئًا، وقبضت، قبلت بينته، وإن كان البيع غير معروف لا تقبل بينته؛ لأن هذا قضاء بالبيع على الزوج.

١٦٦٣٠ - رجل ضمن عن رجل مائة شاة، قال أبو حنيفة: الضمان باطل، إلا أن يعلم أنها من كفالة مهر، وقال أبو يوسف: هو جائز في الغصب والمهر.

١٦٦٣١ - رجل قال لأقوام بأعيانهم: [illegible]، لا شيء عليه بهذا الضمان، هكذا ذكر في «فتاوى أهل سمرقند»، وقيل: الضمان صحيح إذا كان القوم يحصون، وقد ذكرنا قبل هذا في هذا الفصل إذا قال الرجل لرجل: إن غصبك هؤلاء شيئًا، وأشار إلى قوم أن الضمان صحيح من غير فصل.

١٦٦٣٢ - وفي «فتاوى النسفي»: رجل اشترى من رجل حنطة، وكفل له رجل بالحنطة، قال: لا تصح الكفالة؛ لأن هذا كفالة بالعين، ولو كان مكان الشراء سلمًا تصح الكفالة؛ لأن المسلم فيه دين في الذمة، وقد ذكرنا في فصل الكفالة بالأعيان والفصل الأول في هذا الكتاب أن الكفالة بتسليم المبيع صحيح.

١٦٦٣٣ - وفي «العيون»: رجل اشترى من رجل ثوبًا بعشرة دراهم، فضمن رجل الثوب للبائع، قال: إن كان في البيع خيار ثلاثة أيام، فالضمان جائز، وإن لم يكن فيه خيار، فالضمان باطل؛ لأنه إذا كان في البيع خيار، كان للبائع في الثوب حق،

فيصح الضمان له، ولا كذلك ما إذا لم يكن فيه خيار.

١٦٦٣٤ - ومن كفل بنفس رجل أو بمال بأمره، فأراد الخصم أن يخرج من البلد، قال: إن كان ضمانه إلى أجل، فليس للكفيل أن يمنعه، وإن لم يكن ضمانه إلى أجل، فله أن يطالبه حتى يخلصه، إما بأداء المال، أو بتسليم النفس.

١٦٦٣٥ - وإذا كان للرجل على رجل دين مؤجل، فطلب رب الدين من القاضي أن يأخذ بالمال كفيلاً، ففي ظاهر الرواية ليس له ذلك، وذكر في "المنتقى": أن له ذلك.

وفيه أيضاً: لو طلب المشتري من البائع الكفيل بالدرك لو ظهر، كان للمشتري ذلك، ففي الدين المؤجل أولى. وذكر الصدر الشهيد حسام الدين: أن في الدين المؤجل لو أخذ القاضي كفيلاً من الخصم الذي يريد أن يغيب لا بأس به استدلالاً بالمرأة إذا طلبت الكفيل بنفقتها عند إرادة الزوج السفر، فإن هناك القاضي يأخذ منه كفيلاً بنفقتها شهراً عند أبي يوسف استحساناً رفقاً بالمرأة، فكذا في سائر الديون. قال: والفتوى في مسألة النفقة على قول أبي يوسف، ففي سائر الديون لو أفتى مفت بذلك، كان حسناً رفقاً بالناس.

١٦٦٣٦ - استأجر من آخر داراً كل شهر بكذا، وكفل بالأجرة كفيل، فالإجارة على شهر واحد، فإن سكنها المستأجر يوماً من الشهر الثاني لزمه الإجارة في الشهر الثاني، ويلزمه جميع أجرة الشهر الثاني، ولزم الكفيل ما لزم المستأجر، وإن مات الكفيل لزم الكفيل في تركته ما لزم المستأجر بسكناه بعد موت الكفيل، ولا تبطل الكفالة بالموت كالكفالة بالدرك.

١٦٦٣٧ - وإذا أقرض الرجل رجلاً ألف درهم، وأخذ به كفيلاً، فصالح الكفيل الطالب على عشرة دنانير، جاز، إذا قبض الدنانير في المجلس، كما لو صالح المطلوب بنفسه، وهذا لأن بالكفالة وجب دين للطالب على الكفيل، ونزل الكفيل من الطالب منزلة المطلوب منه، فيجوز الصلح مع الكفيل، كما يجوز مع المطلوب.

١٦٦٣٨ - وإذا قبض الطالب الدنانير من الكفيل، رجع الكفيل على المكفول عنه بالألف؛ لأن الكفيل بهذا الصلح ملك ما في ذمته، فيصير كما لو ملكه بالأداء، ولو كان الكفيل صالح الطالب على مائة درهم، فأداها لم يرجع على المكفول عنه إلا بمائة.

درهم ؛ لأن الكفيل لم يملك ما في ذمته هو بما ، إذ لا يمكن أن يجعل هذا التصرف مبادلة ؛ لأن مبادلة الألف بالمائة لا يجوز ، فيجعل استيفاء للمائة ، وإبراء للكفيل عن التسعمائة ؛ ولو أبرأه عن الكل ، لا يرجع الكفيل على المكفول عنه بشيء ، ولو استوفى من الكفيل الكل ، رجع على المكفول عنه بالكل ، فإذا أبرأه عن البعض ، واستوفى البعض ، يعطى لكل بعض حكم نفسه .

فإن قيل : لو كان فيها استيفاء للمائة ، وإبراء الكفيل عن التسعمائة ، يجب أن يقال : بأن للطالب أن يرجع على المكفول عنه بالتسعمائة ؛ لأن إبراء الكفيل لا يكون إبراء للأصيل .

قلنا : معنى الإبراء في الصلح من حيث إن الصلح تجوز بدون الحق ، والتجوز بدون الحق إبراء واستيفاء ، فقوله : صالحت بمنزلة قوله : تجوزت بدون الحق ، وإنما يكون هو تجوزاً بدون الحق إذا لم يكن له الرجوع على المطلوب بما سوى مائة ، فصار تقدير مسألتنا كأن الطالب قال : استوفيت منك مائة ، وأبرأتك ، والأصيل عن التسعمائة ، هذا إذا صالح الكفيل مع الطالب ، فأما إذا صالح الكفيل مع المكفول عنه قبل أن يؤدي الكفيل إلى الطالب ما عليه على عشرة دنانير ، فهو جائز أيضاً ؛ لأن بالكفالة وجب للكفيل دين على المكفول عنه ، ولكن مؤجلاً ، والصلح عن الدين المؤجل جائز ، وكان فائدة هذا الصلح أن الكفيل لو أدى إلى الطالب بعد ذلك ألف درهم ، لا يرجع على المكفول عنه ، ودين الطالب عليهما على حاله ، وكان له أن يطالب أيهما شاء بجميع الألف ، فإذا أخذ من المكفول عنه ألف درهم ، كان للمكفول عنه أن يرجع على الكفيل بألف درهم إلا أن يشاء الكفيل أن يرد الدنانير التي أخذ ، أما له الرجوع على الكفيل بألف درهم ؛ لأن المكفول عنه ملك الألف التي وجب للكفيل في ذمته بالكفالة بهذا الصلح ، فيعتبر بما لو ملكه بالأداء بأن أدى إلى الكفيل ألف درهم ، ثم إن الطالب أخذ من المكفول عنه ألف درهم ، أليس أن المكفول عنه يرجع على الكفيل بألف ، كذا ههنا إلا أن يشاء الكفيل أن يرد الدنانير التي أخذها ، فحينئذ لا يكون للمكفول عنه الرجوع بالألف ؛ لأن من حجة الكفيل أن يقول للمكفول عنه : أنا ما استوفيت منك ألف درهم ، وإنما أخذت عشرة دنانير بحكم الصلح ، ومبنى الصلح على الحطيطة والإغماض والتجوز ، وإنما رضيت بهذا رجاء أن أصالح الطالب بأقل من ذلك ، فإذا أنت أوفيت

كتاب الحوالة

هذا الكتاب يشتمل على تسعة فصول :

الفصل الأول : في بيان وجوه الحوالة وحكمها وشرط صحتها
الفصل الثاني : في بيان أنواع الحوالة
الفصل الثالث : في بطلان الحوالة بعد وقوعها صحيحة وعدم بطلانها
الفصل الرابع : في دعوى المحتال عليه أن المال من ثمن خمر أو ربا
الفصل الخامس : في الصرف بصورة الحوالة
الفصل السادس : في الحوالة والكفالة والرهن فيها من المتطوع وغير ذلك
الفصل السابع : في الحوالة التي يحتال بها على الكفيل أو على الأصيل
الفصل الثامن : في اليمين والشهادة في الحوالة
الفصل التاسع : في المتفرقات

الفصل الأول

في بيان وجوه الحوالة وحكمها وشرط صحتها

١٦٦٤١ - أما بيان وجوهه: روى الحسن عن أبي حنيفة وجوه الحوالة أن يقول المطلوب لرجل: إني أريد أن أحيل هذا عليك بألف، فاضمنها له، فيقول: نعم قد ضمنتها له، أو يقول الطالب للمطلوب: أحلني على فلان، فيقول له المطلوب: اضمنها عني، فيضمنها، أو يقول المطلوب: اضمنها عني، وأنا منها بريء، أو يقول الطالب لرجل: اكفل لي عن فلان بهذه الألف، وهو منها بريء، ومن ذلك أن يقول الغريم للطالب: أحلتك بالذي لك علي من الدين على هذا، فيقول الطالب: أحلت، ويقول الذي أحيل عليه: قبلت.

وأما بيان حكمها فنقول: حكم الحوالة براءة المحيل، وتوجه المطالبة على المحتال عليه عند علمائنا الثلاثة. والكفالة في حق براءة الأصيل تخالف الحوالة، فإن الكفالة لا توجب براءة الأصيل. قال شيخ الإسلام في شرحه: ثم اختلف أبو يوسف ومحمد فيما بينهما أن الحوالة توجب براءة الأصيل عن الدين والمطالبة جميعاً، أو عن المطالبة دون الدين، قال أبو يوسف: عنهما جميعاً، وقال محمد: عن المطالبة لا غير، قال: وثمرة الخلاف تظهر في فصلين أحدهما إذا أبرأ المحتال له المحيل عن الدين بعد الحوالة، على قول أبي يوسف: لا يصح؛ لأن المحيل بالحوالة بريء عن الدين، والإبراء لم يصادف محله، وعلى قول محمد يصح؛ لأن الدين باق في ذمة المحيل عنده، فالإبراء صادف محله. والثاني أن الراهن إذا أحال المرتهن بالدين على إنسان كان للراهن أن يسترد الرهن منه عند أبي يوسف، كما لو أداه، وعند محمد ليس له ذلك، كما لو أجل الدين.

وفي شرح الزيادات: الذي جمعته ذكرت الخلاف في مسألة الرهن على عكس ما ذكر هنا. وعزاه إلى النوادر، فيه اختلف بعض المشايخ أن في مسألة الرهن عن محمد روايتان، وستأتي المسألة بعد هذا في هذا الكتاب إن شاء الله تعالى. ومحمد يقول: بأن الحوالة في موضوعها للنقل، وقد أضيفت إلى الدين، فهذا يقتضي نقل

الدين من ذمة المحيل إلا أن للمحتال عليه فيما يؤدي يؤدي عن المحيل لا عن نفسه، ولهذا كان له الرجوع بما أدى على المحيل، وهذا المعنى يوجب بقاء الدين في المحيل؛ لأن الأداء عنه ولا دين عليه لا يكون، فعملنا بالأمرين فحولنا المطالبة التي هي من نتائج الدين وآثاره عن ذمة المحيل عملاً بالحوالة، وبقينا الدين في ذمة المحيل ليكون المؤدي عنه عملاً بالأمرين بقدر الإمكان.

وأبو يوسف يقول: بأن الحوالة للنقل، وقد أضيفت إلى الدين، فأوجبت تحويل الدين عملاً بحقيقة اللفظ، وأمكن جعل المؤدي عن المحيل مع نقل الدين عن ذمة المحيل. بيانه: أن الحوالة وإن انتقل الدين عن ذمة المحيل، وبرئ المحيل عن دين المحتال عليه، لكن براءة موقتة إلى غاية موت المحتال عليه مفلساً أو جحوده الحوالة، وحلفه على ذلك بالاتفاق، أو تفليس القاضي إياه عند أبي يوسف ومحمد، وبأداء المحتال عليه يحصل له البراءة مؤبدة، فإذا كان المحيل يستفيد نوع براءة بأداء المحتال عليه أمكننا جعل المحتال عليه مؤدياً عن المحيل، فلا ضرورة إلى ترك العمل بحقيقة اللفظ وإبقاء الدين في ذمة المحيل.

وأورد محمد في الكتاب مسألتين يحتج بهما على أبي يوسف: إحداهما: أن المحيل إذا أدى دين المحتال له يجبر المحتال له على القبول، ولو انتقل الدين من ذمته لما أجبر المحتال له على القبول، كما لو أدى أجنبي، وأبو يوسف يعتذر عن هذا، ويقول: المحيل بالحوالة وإن برئ عن الدين ولكن براءة موقتة، وبالأداء يستفيد براءة مؤبدة، فكان ذا حظ في هذا الأداء، فلا يكون متطوعاً.

المسألة الثانية: أن المحيل لا يصلح وكيلاً عن المحتال له بقبض الدين من المحتال عليه، وإنما لا يصلح وكيلاً لأن الدين باق في ذمته، فهو بالقبض يعمل لنفسه بتفريغ ذمته، والإنسان فيما يعمل لنفسه لا يصلح وكيلاً، وأبو يوسف يعتذر عنها، ويقول: نعم المحيل لا يصلح وكيلاً عن المحتال له بقبض الدين من المحتال عليه، ولكن لا لأنه يعمل لنفسه بتفريغ ذمته عن أصل الدين، فإن أصل الدين انتقل عنه، ولكن لأنه بالقبض يعمل لنفسه باستفادته براءة مؤبدة لم يستفدها بأصل الحوالة.

وبعض مشايخنا المتأخرين ذكروا في شروحهم: أنه لم ينقل إلينا عن محمد نصاً

أن الحوالة لنقل المطالبة أو لنقل الدين، إلا أن محمداً يذكر في الكتب أحكاماً متعارضة، فيعتبرها تأجيلاً في حق بعض الأحكام، ويجعل المحول به المطالبة، ويعتبرها إبراء في حق بعض الأحكام، فيجعل المحول بها الدين والمطالبة جميعاً، وهذا لأن اعتبار حقيقة اللفظ يوجب نقل المطالبة والدين. واعتبار المعنى يوجب نقل المطالبة لا غير؛ لأن الحوالة تأجيل معنى، ألا ترى أنه إذا توى ما في ذمة المحتال عليه يعود الدين إلى ذمة المحيل، وهذا هو معنى التأجيل، والعمل بالمعنى واللفظ متعذر في حق جميع الأحكام، فاعتبر اللفظ في حق بعض الأحكام، فقال: لا يصح إبراء المحتال له المحيل من الدين، ولا يصح هبة الدين منه. واعتبر المعنى في حق بعض الأحكام، فقال: إذا أدى المحيل دين المحتال له يجبر المحتال له على القبول. ولأجل اعتبار المعنى قال: إن إبراء المحتال له المحتال عليه لا يرتد برد المحتال عليه، وهبة الدين من المحتال عليه يرتد برده كهبة الدين من الكفيل وإبرائه، ولو كان المحول في الحوالة الدين والمطالبة جميعاً، كان الإبراء والهبة في حقه على السواء، فيرتد برده كما في حق الأصيل.

وأما بيان شرائطها: فمن شرائطها: رضى المحتال عليه وقبوله الحوالة، سواء كان على المحتال عليه دين للمحيل، أو لم يكن عند علمائنا؛ لأن الناس يتفاوتون في المطالبة، وفي الاستيفاء، فرب محتال له أصعب استيفاء وأشد مطالبة من المحيل، فلو صحت الحوالة من غير قبول المحتال عليه يتضرر بزيادة ضرر من غير رضاه، وذلك لا يجوز. وكذلك رضى الطالب وقبوله شرط لصحة الحوالة بلا خلاف.

أما عند أبي حنيفة ومحمد فلأنه شرط لصحة الكفالة فلأن يشترط لصحة الحوالة وفي الحوالة ما في الكفالة وزيادة أولى. وأما عند أبي يوسف: فهو فرق بين الحوالة والكفالة، والفرق: أنه لا ضرر على الطالب في الكفالة، بل له فيها منفعة، فإنه يزداد له مطالب، فإنه يبقى له حق مطالبة الكفيل من غير أن يبرأ الأصيل. أما في الحوالة فالطالب متضرر، لأن الأصيل يبرأ عن دينه، والناس متفاوتون في القضاء، فربما يكون المحتال عليه أصعب في القضاء، فيلحق الطالب زيادة ضرر. وأما رضى من عليه الدين، وأمره فليس بشرط لصحة قبول الحوالة من غيره حتى إن من قال لغيره: إن لك على فلان كذا وكذا من الدين، فاحتل به علي. ورضي بذلك صاحب الدين، صحت الحوالة؛ لأنه تبرع

بالتزام قضاء دينه من ماله، فصار كما لو كفل عنه بغير أمره، وبرئ الذي عليه الأصيل كما في الحوالة بالأمر؛ لأن الموجب بالبراءة تحويل الدين من ذمة من عليه إلى غيره، وذلك لا يوجب الفرق بين الأمر وعدم الأمر، فإن أدى المال، لا يرجع بذلك على الذي عليه الأصل؛ لأنه قضى دينه بغير أمره، وبرئ الذي عليه الأصل، كما في الحوالة بالأمر.

الفصل الثاني
في بيان أنواع الحوالة

١٦٦٤٢- يجب أن يعلم بأن الحوالة نوعان: مطلقة ومقيدة، فالمقيدة: أن يقيد المحيل الحوالة بالدين الذي له على المحتال عليه، أو بالعين التي له في يد المحتال عليه بالغصب أو بالوديعة، والمطلقة: أن يطلق المحيل الحوالة إطلاقاً، ويرسلها إرسالاً، ولا يقيدها بالدين الذي له على المحتال عليه، ولا بالعين التي له في يد المحتال عليه، أو يحيل على رجل ليس له عليه دين ولا له في يده عين، وإنها على نوعين أيضاً: حالة ومؤجلة.

فأما المطلقة الحالة منها أن يحيل المديون الطالب على رجل بألف درهم، فيجوز وتكون الألف على المحتال عليه حالة؛ لأن الحوالة لتحويل الدين من الأصيل، فإنما يتحول على الصفة التي كانت على الأصيل، وكانت على الأصيل حالة، فتتحول إلى المحتال عليه حالة أيضاً، وليس للمحتال عليه أن يرجع على المحيل قبل أن يؤدي، ولكن إذا لوزم، فله أن يلازم الأصيل، وإذا حبس كان له أن يحبس الأصيل حتى يخلصه عن ذلك كما في الكفيل، وإذا أدى رجع على المحيل بما أدى، وإن أبرأ المحتال المحتال عليه من الدين، فالمحتال عليه لا يرجع على المحيل.

١٦٦٤٣- ولو وهب الدين من المحتال عليه، رجع المحتال عليه على المحيل إن لم يكن للمحيل عليه دين، وإن كان للمحيل عليه دين تقاصا، وصار الجواب في حق المحتال عليه كالجواب في حق الكفيل، فإن أدى المحتال عليه دين المحتال له، وأراد أن يرجع على المحيل، فقال المحيل: كان لي عليك دين مثل ما قضيت عني، وقال المحتال عليه: لم يكن لك علي دين، فالقول قول المحتال عليه، وكان له أن يرجع على المحيل إلا أن يقيم المحيل البينة أنه كان له عليه دين، وهذا لأن الحوالة، كما تصح إذا كان للمحيل عليه دين، تصح وإن لم يكن للمحيل عليه دين كالكفالة، فإن الكفالة كما تصح إذا كان على الكفيل دين يصح إذا لم يكن عليه، فإقدام المحتال عليه على الحوالة،

لا يكون إقرارًا منه بالدين على ذمته للمحيل ، وإذا لم يوجد منه إقرار ، كان المحيل مدعيًا على المحتال عليه دينًا ، والمحتال عليه منكر ، فيكون القول قوله مع يمينه ، ولو مات المحتال عليه إن لم يترك وفاء ولا كفيلًا بالمال عاد الدين إلى ذمة المحيل عندنا ، وهذا لأن المحتال له إنما رضي بنقل الدين ، أو المطالبة على حسب ما اختلفوا من ذمة المحيل إلى ذمة المحتال عليه بشرط سلامة الدين عن ذمة المحتال عليه ، ولم يسلم له هذا الشرط إذا مات المحتال عليه ، ولم يترك مالًا ، ولا كفيلًا بالمال ، ولو لم يعد المطالبة ، أو الدين إلى المحيل يتضرر به المحتال[١] .

وإذا جحد المحتال عليه الحوالة ، ولم يكن للمحيل بينة حاضرة على ذلك ، وحلف المحتال عليه فحلف ، ففي ظاهر الرواية يعود الدين إلى المحيل ، وروى محمد عن أبي حنيفة : أنه لا يعود ، وإذا فلسه القاضي ، وأخرجه القاضي ، وأخرجه عن السجن ، فعلى قول أبي حنيفة وأبي يوسف الأول : لا يعود الدين إلى ذمة المحيل ، وعلى قول أبي يوسف الآخر ، وهو قول محمد : يعود ، وإن مات المحتال عليه وبالمال كفيل عن المحتال عليه كفل بأمره أو بغير أمره ، لا يعود الدين إلى المحيل ؛ لأنه ترك من يؤدي عنه ، ولو ترك ما يؤدي به لا يعود الدين إليه ، فكذا إذا ترك من يؤدي عنه .

ولو مات المحتال عليه ، ووقع الاختلاف بين المحتال له والمحيل ، فقال المحتال له : إنه مات مفلسًا ، وعاد ديني إلى المحيل ، وقال المحيل : لا ، بل مات مليًا ، ولم يعد الدين إليّ ، فالقول قول المحتال له ؛ لأنه متمسك بالأصل ، فإن الفقر أصل في بني آدم ، وعلى المحيل البينة .

فإن قيل : المحتال له يتمسك بالأصل بدعوى عود الدين إلى ذمة المحيل معنى ، والمحيل بدعوى الوفاء ينكر ذلك معنى ، والعبرة في الدعاوى والإنكار للمعنى لا للصورة ، هذا كما لو قالوا : فيمن أوصى لفقراء بني فلان ، وجاء واحد من بني فلان ، وقال : أنا فقير ، وقال ورثة الموصي : إنه غني ، فالقول قول الورثة ، وإن كان الموصى له متمسكًا بما هو الأصل ؛ لأنه مدع معنى ، فإنه يدعي الاستحقاق على الورثة ، والورثة ينكرون ذلك .

---

(١) من قوله : « وهذا لأن المحتال له » إلى قوله : « يتضرر به المحتال » ساقط من الأصل .

على التقاضي، ويقال له: أحل رب المال، ومعناه: وكّل رب المال بقبض الدين، وإذا كان لفظ الحوالة قد يستعمل في نقل التصرف بطريق الوكالة لا يصلح حجة للمحتال له أن المحيل بالحوالة صار معترفًا بأن له عليه دينًا، فيكون القول فيه قول المحيل إنه أراد التوكيل، فإن كان المحتال له غائبًا، فأراد المحيل أن يأخذ المال من المحتال عليه، وقال: إنما أحلته وكالة لا بدين لم يحكم بذلك له حتى يحضر المحتال له؛ لأنه قضاء على الغائب، فلو أحاله على غريمه وللمحتال له على المحيل دين، ولم يقيد الحوالة بدينه، فهو وكيل بالقبض، وإذا قبضه وجعله قصاصًا بدينه فله ذلك.

وأما الحوالة المقيدة المؤجلة: رجل له على رجل ألف درهم من ثمن بيع إلى سنة، فأحاله بها على رجل إلى سنة، فالحوالة جائزة، والمال على المحتال عليه إلى سنة؛ لأنه قبل كذلك، ولم يذكر محمد في الأصل ما إذا حصلت الحوالة مبهمة، هل يثبت الأجل في حق المحتال عليه؟ قالوا: وينبغي أن يثبت كما في الكفالة، وهذا لأن المحتال عليه متحمل عن الأصيل، وإنما يتحمل ما على الأصيل، وعلى الأصيل دين مؤجل، فيتحمل(١) على المحتال عليه كذلك، وإن مات الذي عليه الأصل، ثم يحل المال على المحتال عليه؛ لأن حلول الأجل في حق الأصيل لاستغنائه عن الأجل بموته، وهذا المعنى لا يتأتى في حق المحتال عليه؛ لأنه حي يحتاج إلى الأجل، فيبقى الأجل في حقه بعد موت المحيل، وإن مات المحتال عليه والأصيل حي، حل المال عليه؛ لأنه استغنى عن الأجل بموته، فإن لم يترك وفاء رجع المحتال له بالمال على الذي عليه الأصل إلى أجله؛ لأن الحوالة تنفسخ بموت المحتال عليه مفلسًا، فيعود الأمر إلى ما كان قبل الحوالة بمنزلة ما لو باع المديون بدين مؤجل عبدًا من الطالب، ثم استحق العبد، فإنه يعود الأجل.

ولو كان المال حالًا على الذي عليه الأصل من قرض، فأحاله بها على رجل إلى سنة، فهو جائز، وهو عليه إلى سنة، وإن كان التأجيل في القرض؛ لأن المال إنما يجب على المحتال إليه بالحوالة لا بالقرض، والتأجيل في الحوالة جائز، وكان بمنزلة ما لو أجل الطالب الكفيل بالقرض، فإنه يجوز؛ لأن المال يجب على الكفيل بعقد الكفالة لا

---

(١) هكذا في ط، وكذا في الأصل: فيتحول، وفي ف: فيجب.

بالقرض، والواجب بالكفالة يقبل الأجل، فإن مات المحتال عليه قبل مضي الأجل مفلسًا عاد الدين إلى المحيل حالاً.

وكذلك لو كان المال حالاً على الذي عليه الأصل من ثمن بيع أو غصب، فأحاله بها على رجل إلى سنة، ومات المحتال عليه قبل مضي الأجل مفلسًا، فإنه يعود المال إلى المحيل حالاً، فرق بين الحوالة والكفالة، فإن الكفيل إذا كفل بدين وأجل الطالب الدين، ولم يضف الأجل إلى الكفيل، صار الأجل مشروطًا للأصيل حتى لو مات الكفيل كان الدين على الأصيل مؤجلاً، وفي الحوالة متى أضاف الأجل إلى الدين مطلقًا، ولم يضف إلى المحتال عليه، لا يصير الأجل مشروطًا في حق الأصيل حتى لو مات المحتال عليه مفلسًا يعود الدين إلى الأصيل حالاً، وإن كان الدين على الأصيل بسبب، يقبل الأجل كالبيع والغصب.

والفرق: أن في الكفالة الدين باقٍ في ذمة الأصيل، فإذا أضيف الأجل إلى الدين، ولم يخصصه بالكفيل يثبت الأجل في ذات الدين، ويظهر في حق الكفيل والأصيل جميعًا، أما في الحوالة الدين لم يبق في ذمة المحيل، فلا يظهر الأجل في حقه؛ لأن تأجيل الدين[1] ولا دين لا يتصور، وعلى قول من يقول: بأن الدين في ذمة المحيل باقٍ لا شك أنه مؤجل، وتأجيل المؤجل لا يتصور، فلا يظهر هذا التأجيل في حق المحتال عليه، فلا يجوز أن يثبت الأجل في حقه بحكم الشرط، ولا يجوز أن يثبت الأجل من حيث إنه عاد إليه ما على المحتال عليه، وما على المحتال كان مؤجلاً؛ لأن الأجل إنما ثبت فيما وجب بالحوالة، ولم يعد إليه ما وجب بالحوالة إنما عاد إليه ما وجب عليه بسبب البيع والغصب وأنه كان حالاً.

وكذلك إذا كان لرجل على رجل ألف درهم قرض حالة، وللمطلوب على آخر ألف درهم حالة، بأن كان مثلاً لعمرو على زيد، ولزيد على بكر ألف، فأحال زيد عمرواً على بكر بالألف التي لزيد على بكر إلى سنة، فهو جائز؛ لأن ما وجب لعمرو على بكر وجب بالحوالة، لا بالقرض، فصح التأجيل فيه.

---

(١) في أ: لأن تأجيل الدين المحيل لا يتصور، لأنه لا دين عليه. وفي الأصل: لأن تأجيل الدين ولا دين يتصور.

١٦٦٤٦ - ولو أن رجلاً أحال رجلاً على رجل بألف درهم إلى سنة، ثم إن المحتال عليه ترك الأجل، وجعلها حالاً، كان ذلك جائزاً؛ لأن الأجل حقه، فيسقط بإسقاطه، فإن أداها لم يكن له أن يرجع على المحيل قبل مضي السنة؛ لأن إسقاطه إنما يظهر في حقه لا في حق الأصيل، وقد مرّ جنس هذا في حق الكفيل مع الأصيل.

١٦٦٤٧ - وإذا احتال الرجل بمال لابنه وهو صغير إلى أجل، لم يجز، فقد أطلق الجواب في هذه المسألة إطلاقاً. وذكر في موضع آخر هذه المسألة من غير ذكر الأجل، وقال: إن كان الثاني أملأ من الأول يجوز. وإنما أطلق هذه المسألة لمكان الأجل؛ لأنه ليس للأب أن يؤجل دين الصغير؛ لأنه إبراء موقت، فيعتبر بالإبراء المؤبد، والأب لا يملك ذلك، كذا ههنا.

هذا إذا كان دينٌ ورثه الصغير لا بعقد الأب، فأما إذا وجب بعقد الأب، فاحتال بها إلى أجل، فإنه يجوز عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما، وعند أبي يوسف: لا يصح؛ لأنه يملك الإبراء عندهما، ويضمن، وعند أبي يوسف: لا يملك فكذلك الاحتيال، وهكذا الجواب في الوصي، فأما الجواب في الوكيل بالقبض في الوكيل بالقبض إذا احتال، إن كان الموكل فوّض إليه الرأي جاز، وإن لم يفوّض إليه الرأي لم يجز؛ لأنه إنما فوّض إليه أمراً خاصاً، وهو القبض، فلا يتعدى وكالته إلى غير ما أمر به، وهذا إذا كان وكيلاً بالقبض، فأما إذا كان وكيلاً بالبيع، فالمسألة على الاختلاف. فإذا احتال رجل بمال على رجل، ثم إن المحتال عليه أحاله على آخر إلى أجل مثل ذلك، أو أقل أو أكثر لم يكن له أن يرجع على الأصيل حتى يقبض الطالب ماله؛ لأن بالحوالة لم يصر الطالب مستوفياً شيئاً، والمال بعرض العود، بأن تنفسخ الحوالتان بموت المحتال عليهما مفلساً.

١٦٦٤٨ - وأما الحوالة المقيدة فنوعان أيضاً: مقيدة بالعين: الذي في يد المحتال عليه، ومقيدة بالدين: الذي على المحتال عليه.

فأما المقيدة بالعين الذي في يد المحتال عليه صورتها: رجل له عند رجل ألف درهم وديعة أو غصباً، وعلى صاحب الوديعة لرجل ألف درهم دين، أحال صاحب الوديعة الطالب على المودع بالألف على أن يعطيه من الألف التي هي له عنده وديعة أو

فاستوجب الرجوع عليه، وصار من غرمائه، وصار مساويًا لغرمائه، وإن وجد الأداء من المحتال عليه بعد موت المحيل؛ لأن الأداء إنما أوجب الرجوع للمحتال عليه بحكم الحوالة، والحوالة كانت في حال الصحة، وكان دينه دين الصحة، فصار مساويًا لسائر غرمائه من هذا الوجه.

١٦٦٥٠- وإذا كانت الحوالة مقيدة بالألف التي هي وديعة للمحيل عند المحتال عليه، فلم يدفع المحتال عليه الألف إلى المحتال له حتى مرض المحيل، ثم دفعها إليه، ثم مات المحيل وعليه ديون كثيرة، ولم يدع مالًا سوى هذه الوديعة، فلا ضمان على المحتال عليه؛ لأنه أمين سلم الأمانة إلى من أمره المالك بتسليمها إليه، ولغرماء المحيل أن يشاركوا المحتال له فيما قبض؛ لأن المقبوض خالص ملك المحيل، فتبين أن المحتال له استوفى دينه من خالص مال المحيل في مرض موته.

ولو كان المحتال عليه حبس الوديعة، وأعطى المحتال له من دراهم نفسه، القياس أن يكون متبرعًا فيما أدى، وتكون الوديعة لغرماء المحيل، وفي الاستحسان: لا يكون متبرعًا، وله أن يشارك غرماء المحيل في تركته وديعته بقدر ما أدى، وهذه المسألة فرع مسألة التوكيل بالشراء أو بالإنفاق إذا دفع مال نفسه، وعنده مال الموكل، وهناك القياس أن يكون متبرعًا، وفي الاستحسان لا يكون متبرعًا. وعلى هذا القياس والاستحسان التوكيل[1] بقضاء الدين إذا قضى الدين من مال نفسه وفي يده مال الموكل، وجه القياس: أنه قضى دين الآمر من مال نفسه بغير أمره، فيصير متبرعًا كما لو عدم الإذن أصلًا.

وجه الاستحسان: أن الأمر أذن بهذا دلالة؛ لأن المقصود للآمر حاصل بهذا؛ لأن مقصوده براءة ذمته من الدين، ووصول الكفالة إلى أهله، وفي حق هذا المقصود لا فرق بين الأداء من دراهم الموكل، وبين الأداء من مال الكفيل.

١٦٦٥١- رجل احتال على رجل أي قبل الحوالة عن رجل بألف درهم على أن يعطيها من ثمن داره هذه، أو من ثمن عبده هذا يريد به دار الذي قبل الحوالة أو عبده، فالحوالة جائزة. فرق بين هذا وبين ما إذا قبل الحوالة على أن يؤديها من ثمن دار المحيل، أو من ثمن عبد المحيل بغير أمر المحيل. والفرق: أن في الفصل الأول الحوالة

(١) وفي ب: بأمر الوكيل.

حصلت بما يقدر المحتال عليه على إيفائه، وفي الفصل الثاني حصلت بما لا يقدر المحتال عليه على إيفائه، حتى إنه لو كان ذلك بأمر المحيل، كانت الحوالة جائزة؛ لأنها حصلت بما يقدر المحتال عليه على إيفائه، ولا يجبر المحتال عليه على بيع داره وعبده؛ لأن بيع داره وعبده إنما شرط توسعة عليه، حتى لا يجبر المحتال عليه على الأداء قبل البيع، وكان في معنى الأجل في الحوالة، فلا يجبر على التعجيل، ولا يجبر المحتال عليه على إعطاء المال قبل بيع الدار والعبد؛ لأنه إنما التزم الأداء من ثمن الدار أو العبد إلا أنه لو أجبر على الأداء قبل البيع، فقد صح أنه أجبر على أداء غير ما التزم، وإنه لا يجوز.

ولو كان إنما احتال على أن يؤدي من ثمن دار المحيل، وقد كان المحيل أمره ببيعها حتى جازت كما قلنا، لا يجبر المحتال عليه على إعطاء المال قبل بيع الدار؛ لما مر، وهل يجبر على البيع؟ ينظر إن كان البيع مشروطاً في الحوالة، يجبر عليه؛ لأن الحوالة عقد لازم، فالبيع إذا شرط فيها يكون لازماً أيضاً، كما في الرهن إذا وضع الرهن بشرط أن يوضع على يدي العدل، ويبيعه العدل، فالبيع يصير لازماً حتى لو امتنع العدل عن البيع يجبر عليه، كذا ههنا.

ولو باع المحتال عليه دار نفسه في الفصل الأول، أو دار المحيل في الفصل الثاني، وأدى الثمن، فلا ضمان عليه بعد ذلك، يريد به إذا لم يصب الثمن بالدين؛ لأنه التزم الأداء من الثمن، وقد أدى الثمن بكماله، وإذا كانت الحوالة مقيدة بالعين التي للمحيل في يد المحتال عليه، ثم إن المحتال له أبرأ المحتال عليه عن دينه، كان للمحيل أن يرجع على المحتال عليه بماله، ولو وهب المحتال له دينه من المحتال عليه، أو مات المحتال له، وورثه المحتال عليه، لا يرجع المحيل على المحتال عليه بماله.

وإذا كانت الحوالة مضافة إلى العين، فوهب المحتال له العين من المحتال عليه[1]، ملكه المحتال عليه، وهذا الفصل مشكل؛ لأن المحتال له بالحوالة لم يملك العين على ما ذكرنا قبل هذا، فكيف يملك المحتال عليه بتمليك المحتال له؟

١٦٦٥٢ - وأما الحوالة المقيدة بالدين الذي للمحيل على المحتال عليه صورتها: رجل له على رجل ألف درهم أحال المطلوب الطالب بالألف على رجل للمطلوب عليه

---

(١) وفي الأصل: دينه مكان العين.

ألف درهم دين على أن يؤديها من الألف التي للمطلوب عليه ، ثم إن للمحتال له أبرأ المحتال عليه من دينه ، صح الإبراء ، وكان للمحيل أن يرجع على المحتال عليه بدينه ، ولو وهب المحتال له دينه من المحتال عليه ، أو مات المحتال له ، وورثه المحتال عليه ، لا يكون للمحيل أن يرجع على المحتال عليه بدينه . والفرق بينهما أن الهبة من أسباب الملك ، والإرث كذلك ، ألا ترى أن المغصوب منه لو وهب المغصوب من الغاصب ملك الغاصب ، وألا ترى أن الحوالة إذا كانت على رجل لا دين للمحيل عليه ، وهب المحتال له الدين من المحتال عليه ملكه المحتال عليه حتى كان له أن يرجع على المحيل ، فعلم أن الهبة من أسباب الملك ، فملك المحتال عليه ما في ذمته بالهبة ، فيصير كما لو ملك بالأداء ولو ملكه بالأداء لا يرجع المحيل عليه بدينه لو رجع عليه بدينه ، كان للمحتال عليه أن يرجع بمثل ذلك ، فلا يفيد الرجوع أما الإبراء ، فليس من أسباب الملك بدليل عكس ما ذكرت ، فلم يملك المحتال عليه من ضمان المحتال له ، وهو الشاغل لدين المحيل ، فيبقى دين المحيل في ذمة المحتال عليه بلا شاغل ، وكان له أن يرجع بذلك عليه .

واستشهد محمد في الكتاب بمسألة الكفالة إيضاحاً لمسألة الحوالة ، فقال : ألا ترى أن المديون لو أمر مديونه أن يكفل عنه لغريمه بكذا وكذا على أن يؤدي بماله عليه من الدين ، فكفل ثم إن المكفول له أبرأ الكفيل عن الدين ، كان للمكفول عنه أن يرجع على الكفيل بدينه ، ولو وهب المكفول له الدين من الكفيل لا يكون للمكفول عنه أن يرجع على الكفيل بدينه ، وما افترقا إلا لما قلنا .

١٦٦٥٣ - وإن قبل الحوالة بغير أمر الأصيل ، وأدى أو وهب له ، أو مات المحتال له وورثه المحتال عليه ، فإنه لا يرجع على الأصيل . ولو مات المحتال له وورثه الذي عليه الأصل ، كان للذي عليه الأصل أن يرجع على المحتال عليه ؛ لأن بالإرث ملك دينا لمورثه على المحتال عليه ، وكان للوارث حق الرجوع على المحتال عليه حال حياته ، فكذا لوارثه بعد وفاته ، بخلاف ما إذا كانت الحوالة بأمر الذي عليه الأصل ، وباقي المسألة بحالها حيث لا يكون للذي عليه الأصل أن يرجع على المحتال عليه .

والفرق : أن الحوالة بأمر يوجب الرجوع للمحتال عليه ، فلو رجع المحيل على المحتال عليه بحكم الإرث لرجع المحتال عليه على المحيل بمثله بحكم الكفالة ، فلا يفيد

الرجوع، أما الحوالة بغير أمر فلا يوجب الرجوع للمحتال عليه على الأصيل، فلو رجع الأصيل عليه بحكم الإرث، لا يرجع هو على الأصيل بحكم الكفالة، فكان الرجوع مفيداً.

ولو كان مكان الحوالة كفالة، بأن كفل رجل عن رجل لغريمه بألف درهم بغير أمره، ثم مات المكفول له، وورثه الكفيل، لا يرجع على المكفول عنه، بخلاف ما إذا كانت الحوالة بأمره؛ لأنه ملك ما في ذمته بالهبة، فيعتبر بما لو ملكه بالأداء، وهناك الجواب على هذا التفصيل، فههنا كذلك.

ولو مات المكفول له، وورثه المكفول عنه، فالمكفول عنه لا يرجع على الكفيل، بخلاف فصل الحوالة، والفرق أن الكفالة لا توجب براءة الأصيل عن المال، فملك الأصيل ما في ذمته بالإرث، فيبرأ؛ لأن من ملك ما في ذمته يبرأ، ويسقط عنه، وإذا برئ الأصيل برئ الكفيل، فكيف يرجع عليه، فأما الحوالة فتوجب براءة الأصيل وبالإرث يملك ما في ذمة المحتال عليه لورثه، ويقوم مقامه في المطالبة والاستيفاء إذا كان الاستيفاء مفيداً، وإذا كانت الحوالة بغير أمره، فالاستيفاء مفيد، بخلاف ما إذا كان بأمره، فهذا هو الفرق.

٤١٦٦٠٥ - وإذا وقعت الحوالة مقيدة بالدين الذي للمحيل على المحتال عليه، فمات المحيل قبل أن يقبض المحتال له شيئاً من المحتال عليه وعليه ديون كثيرة، ولم يدع مالاً غير الألف التي له على المحتال عليه، فالمحتال له لا يكون أخص بها استحساناً، بل يقسم بينه وبين سائر غرماء المحيل بالحصص؛ لأن المحتال له بعقد الحوالة لم يملك الألف التي للمحيل على المحتال عليه بالأمر، والكلام في هذه المسألة أظهر؛ لأن تمليك الدين من غير من عليه الدين لا يجوز، وبه يقع الفرق بين المحتال له وبين المرتهن؛ لأن المرتهن ملك المرهون يداً وحبساً، وثبت له نوع اختصاص بالمرهون لم يثبت لغيره، فلا يكون لغيره أن يشاركه.

فإن قيل: ينبغي أن لا يكون للمحتال له حق المشاركة مع غرماء المحيل؛ لأنهم أخذوا دين المحيل والمحتال له بالحوالة، صار غريماً للمحتال عليه، ولم يبق غريماً للمحيل والمحتال عليه حق قائم.

قلنا : لو لم يكن له مشاركتهم ابتداء شاركهم انتهاء ، بيانه : أن غرماء المحيل إذا أخذوا ذلك الدين من المحتال عليه تبطل الحوالة لكون الحوالة مقيدة بذلك المال ، ويعود الدين إلى ذمة المحيل ، ويصير المحتال له غريم المحيل ، فيشاركهم في الابتداء قصراً للمسافة بالخصص ، ثم إذا قسم ذلك المال بين غرماء المحيل ، وأخذ المحتال له حصته ، لا يكون للمحتال له أن يرجع على المحتال عليه ببقية دينه ؛ لأن الحوالة كانت مقيدة بذلك الدين ولم يبق الدين ، فتبطل الحوالة .

١٦٦٥٥ - وإذا وقعت الحوالة مقيدة بالألف التي للمحيل على المحتال عليه ، فلم يؤد المحتال عليه شيئاً حتى مرض المحيل ، ثم أداها إلى المحتال له ، ثم مات المحيل من مرضه ، وعليه ديون ولا مال له سوى تلك الألف ، سلمت الألف للمحتال له لا حق لغرماء المحيل فيها ؛ لأن الألف المقبوض مال المحتال عليه لا مال المحيل لما عرف أن الدين تقضى بأمثاله لا بأعيانها ، ولا حق لغرماء المحيل في مال المحتال عليه ، فلهذا سلم الألف للمحتال له ، ويؤخذ ألف أخرى من المحتال عليه ، ويقسم بين غرماء المحيل والمحتال عليه أحدهم ؛ لأن المحتال عليه قضى دين المحيل من مال نفسه بأمر المحيل ، فاستوجب الرجوع على المحيل والمحيل على المحتال عليه مثل ذلك ، فوقعت المقاصة بينهما ، وصار المحتال عليه مستوفياً ما استوجب على المحيل بحكم المقاصة في مرض موت المحيل ، والاستيفاء بالمقاصة كالاستيفاء معاينة ، ولو استوفى معاينة ، وعلى المحيل ديون كثيرة لا تختص به ، بل لسائر الغرماء أن يشاركوه ، وهو يكون أسوة لهم ، فههنا كذلك ، فيؤدي المحتال عليه حقوقهم ، ويسلم له حصته .

١٦٦٥٦ - مكاتب أحال مولاه ببدل الكتابة على رجل له عليه دين ، أو له في يده وديعة ، أو غصب إلا أنه لم يقيد الحوالة ، بل أطلق إطلاقاً ، فالحوالة باطلة ، وهذا لأن المحتال عليه بعقد الحوالة يصير ضامناً ، وضمان بدل الكتابة باطل حتى لا تصح الكفالة به ، فكذلك الحوالة ، وإن قيد الحوالة بماله عنده ، أو عليه ليؤديها من ذلك ، صحت وطريق التصحيح أن يجعل المحتال عليه وكيلاً بدفع ما عنده ، أو عليه إلى المولى على جهة أداء بدل الكتابة ، والتوكيل بأداء بدل الكتابة صحيح ، ويكون معنى الضمان تبعاً ، والعبرة للأصل لا للتبع .

١٦٦٥٧ - وإذا صحت الحوالة بالطريق الذي قلنا برئت ذمة المكاتب عن بدل الكتابة حكمًا للحوالة، وعتق المكاتب؛ لأن عتق المكاتب معلق ببراءة ذمته عن بدل الكتابة، وقد حصلت البراءة، فإن توى ما على المحتال عليه، أو ما عنده من الوديعة كان للمولى أن يأخذ المكاتب بالمال؛ لأن الحوالة قد بطلت، فانتقضت البراءة وعاد الدين إلى المكاتب إلا أنه لا يرد العتق؛ لأن العتق بعد صحته ونفاذه لا يقبل الرد والنقض، وهو نظير ما لو أدى المكاتب بدل الكتابة حتى حكم بعتقه، ثم وجد المولى زيوفًا أو نبهرجة، كان له أن يرده، ويستبدل مثله، ولا ينتقض العتق، وطريقه ما قلنا، وإن استحقت الوديعة أو الغصب، فالمكاتب مكاتب على حاله؛ لأن بالاستحقاق تبين أن الحوالة لم تصح، وأن البراءة لم تقع، وإذا لم يبرأ عما عليه، لا يعتق.

هذا إذا أحال المكاتب مولاه، فأما إذا أحال المولى غريمًا من غرمائه على المكاتب، فإن أطلق الحوالة لا يجوز؛ لأن المحتال عليه ضامن، وضمان المكاتب باطل حتى لا تصح كفالته، وإن قيد الحوالة ببدل الكتابة يجوز، وطريق الحوالة أن يصير غريم المولى وكيلًا عن المولى بقبض بدل الكتابة، والتوكيل بقبض بدل الكتابة جائز، ولا يعتق المكاتب قبل الأداء؛ لأن عتقه معلق ببراءة ذمته عن بدل الكتابة، ولم تبرأ ذمته عن بدل الكتابة، ولم تبرأ ذمة المكاتب هنا؛ لأن غريم المولى قائم مقام المولى في المطالبة ببدل الكتابة، فإن مات المولى قبل الأداء وعليه ديون كثيرة؛ فالمحتال له يحاص سائر الغرماء في ما على المكاتب؛ لأن بمجرد الحوالة لم يصر المحتال له مختصًا بذلك المال، فيكون أسوة لسائر الغرماء فيه.

١٦٦٥٨ - وإذا كانت الحوالة مقيدة بالدين الذي للمحيل على المحتال عليه، فالمحيل لا يستطيع أن يأخذ من المحتال عليه دينه، وكذلك لا يملك إبراءه وهبته منه؛ لأنه يثبت للمحتال له حق أن يستوفي دينه من الدين الذي للمحيل على المحتال عليه بسبب إضافة الحوالة إليه، وهذا الحق يبطل على المحتال له متى قبض الدين منه، أو أبرأه، أو وهب الدين له؛ لأن حق الاستيفاء من ذلك الدين إنما يثبت للمحتال له بسبب الحوالة، والحوالة تبطل متى قبض المحيل الدين من المحتال عليه، أو وهبه منه أو أبرأه، وإذا كان هذا التصرف من المحيل تبطل على المحتال له حق الاستيفاء من الدين الذي للمحيل على المحتال عليه، صار المحيل متبرعًا عنه، وقد مر شيء من هذا.

مال المديون، وما يتعين بالقبض من مال المديون لم يفت، والمعتبر في بقاء الحوالة سلامة الطرف الثاني، فوجب القول بالبقاء بخلاف ما إذا استحق العبد، أو وُجد حرًّا؛ لأن طرف الوجوب هناك قد بطل؛ لأنه لم يصادف دينًا واجبًا. وإذا لم تبطل الحوالة في مسألة المكاتب استحسانًا، وأدى المكاتب بدل الكتابة إلى المحتال له، رجع بها على المولى؛ لأنه قضى دين المولى بأمره، إلا أن قبل العتق لا يرجع على المولى؛ لأن للمولى عليه بدل الكتابة، فلو رجع هو على المولى، رجع المولى عليه بمثله من بدل الكتابة، فلا يفيد الرجوع، وهذا المعنى زال بالإعتاق، فيكون له الرجوع.

١٦٦٦٠- وإذا كانت الحوالة مقيدة بألف درهم هي وديعة في يد المحتال عليه، أو غصب، فهلكت الوديعة في يد المحتال عليه، بطلت الحوالة، وعاد الدين إلى المحيل؛ لأن بالهلاك فات شرط البقاء لفوات ما يعين للاستيفاء. ولو هلك المغصوب في يد المحتال عليه، لا تبطل الحوالة؛ لأن المغصوب هلك إلى خلف وهو الضمان، والضمان يقوم مقام المغصوب، فكان المغصوب قائمًا معنى، فما تبقى به الحوالة لم يفت. أما الوديعة هلكت لا إلى خلف؛ لأنه أمانة في الأصل، وبالحوالة لا تخرج من أن يكون أمانة؛ لأن الحوالة تقتضي صيرورة المودع مأمورًا بتسليمها إلى المحتال له، وبهذا لا تخرج من أن يكون أمانة، وهلاك الأمانة في يد الأمين لا توجب ضمانًا، فما تقيد به الحوالة فات صورة ومعنى.

١٦٦٦١- وكذلك لو قال المودع: ضاعت الوديعة، وحلف على ذلك، بطلت الحوالة؛ لأنه بقي أمينًا بعد الحوالة، فالقول في هلاك الأمانة قول الأمين، فيقبل قوله، وصار الهلاك الثابت بقوله كالثابت عيانًا. وإن استحقت الوديعة أو استحق المغصوب، بطلت الحوالة؛ لأن بالاستحقاق يفوت شرط الوجوب والاستيفاء جميعًا.

الفصل الرابع
في دعوى المحتال عليه أن المال من ثمن خمر أو ربا

١٦٦٦٢ - قال محمد: إذا احتال رجل عن رجل بأمره لرجل بألف درهم، فغاب المحيل، وجاء المحتال له يطالب المحتال عليه بالمال، فقال المحتال عليه: إن الألف التي له علي للمحيل كان من ثمن خمر، لا يسمع دعواه، ولو أقام البينة على ذلك لا يسمع بينته على ذلك أيضاً، وقد ذكرنا ذلك في فصل الكفالة، فكذا في فصل الحوالة، ولو دفع المحتال عليه المال إلى المحتال له، وجاء المحتال عليه يخاصم المحيل، فقال المحيل: إن الألف التي أحلت بها عليك لفلان من ثمن خمر فلا خصومة مع المحتال عليه، ولو أقام بينة على ما ادعى، لا تسمع بينته، ويقال للمحيل: أد الألف إلى المحتال عليه، واتبع المحتال له، وخاصمه؛ لأن من حجة المحتال عليه أن يقول: أنا أديت بأمرك عنك، ومن أدى مالاً عن غيره بأمره، كان للمؤدي الرجوع على الآمر، سواء كان عليه دين أو لم يكن.

ولو حضر المحتال له، وخاصمه المحيل، وأقام البينة على أن الألف ثمن خمر، قبلت بينته، وكان للمحتال عليه الخيار، إن شاء رجع بالمال على المحيل، وإن شاء رجع به على المحتال له؛ لأنه دفع إليه بحكم كفالة فاسدة.

ولو أن المحتال له أقر بين يدي القاضي أن ماله من ثمن خمر، فلا خصومة للمحتال له مع المحتال عليه، فإن حضر المحيل، وقال: لا، بل المال قرض، لزمه المال إن صدقه المحتال له في ذلك، ولكن لا يلزم المحتال عليه شيء؛ لأن المحتال عليه قد برئ من الحوالة بالإقرار السابق، وتصادقهما بعد ذلك على المال يعتبر حجة في حق المحتال عليه.

١٦٦٦٣ - ولو أن مسلماً باع من مسلم خمراً بألف درهم، ثم إن البائع أحال مسلماً على المشتري حوالة مقيدة بأن قال: أحلت فلاناً عليك بالألف التي لي عليك، ثم اختلفوا فقال المحتال عليه، وهو المشتري: الألف كان من ثمن خمر، وقال المحيل -

وقال البائع: كان من ثمن متاع، فالقول قول البائع عندهم؛ لأن المحيل عليه مشترٍ يدعي فساد العقد، والبائع ينكر فساد العقد، ويدعي جوازه، والقول قول من يدعي جواز العقد، فإن أقام المحتال عليه بينة على المحيل بذلك، قبلت بينته؛ لأنه مشترٍ يدعي فساد العقد، وأثبت بالبينة فلابد من القضاء بالفساد، وإذا وجب القضاء بالفساد بطلت الحوالة؛ لأن الحوالة كانت مضافة إلى الدين للمحيل على المحتال عليه، وقد ظهر أنه لا دين على المحتال عليه؛ لأن ثمن الخمر لا يصير دينًا على المسلم للمسلم، فلم يصح الحوالة، وإن لم تكن الحوالة مقيدة، بل كانت مطلقة، بأن قال البائع للمشتري: أحلت فلانًا عليك بألف درهم، لا تبطل الحوالة، وإن أثبت المشتري على المحيل أن الألف التي عليه كانت من ثمن خمر؛ لأن أكثر ما فيه أنه ظهر أنه لم يكن للمحيل على المحتال عليه دين إلا أن وجوب الدين على المحتال عليه ليس بشرط لصحة الحوالة المطلقة، ولا كانت الحوالة مقيدة، فقد فرّق بين الحوالة المضافة إلى الدين وبين البيع المضاف إلى الدين، فإن من قال لغيره: بعت منك هذا العبد بالدين الذي لك عليَّ، ثم ظهر أنه لا دين، فالبيع جائز، وقال في الحوالة المقيدة بالدين إذا ظهر أنه لا دين تبطل الحوالة.

والفرق: أنا نعتبر الحوالة المضافة إلى الدراهم الدين بالحوالة المضافة إلى الدراهم العين، بأن كان للمحيل عند المحتال عليه دراهم وديعة، أضاف الحوالة إليها، وهناك الحوالة تتعلق بتلك الدراهم حتى لو هلكت تلك الدراهم بطلت الحوالة، كذا هنا، ونعتبر البيع المضاف إلى الدراهم الدين بالبيع المضاف إلى الدراهم العين، وهناك البيع لا يتعلق بعينها، بل يتعلق بمثلها دينًا في الذمة، كذا هنا، والله أعلم.

الدراهم الجياد كان بعد تمام الحوالة بالجياد، فلا يكون هذا مصارفة بدين على غير من هو عليه، فإن ثم تفارق المحتال له والمحيل، وقد أدى المحتال عليه قبل أن يقبض المحتال له المائة، لا يبطل الصرف؛ لأن عقد الصرف جرى بين المحيل والمحتال له، لا بين المحتال عليه، وفرقة من ليس بعاقد لا توجب بطلان الصرف.

١٦٦٦٥ - ولو فارق المحيل المحتال له قبل قبض المحتال له المائة، بطل عقد الصرف؛ لأن عقد الصرف جرى بين المحيل والمحتال له، وفرقة العاقدين توجب بطلان الصرف، وإذا بطل الصرف بطلت الحوالة؛ لأن الحوالة كانت مشروطة في الصرف. وإذا بطلت الحوالة عادت الدراهم التبرجة على المحيل؛ لأن الحوالة إذا بطلت صار الحال بعد عقد الحوالة كما كان قبله. فإن قضى المحتال عليه المحتال له الدراهم الجياد على الحوالة الأولى، برئ المحتال عليه؛ لأن في الحوالة أمراً بأداء ما عليه إلى المحتال له، فالحوالة إن انتقضت بفساد الصرف بقي الأمر بأداء ما عليه، فإذا أدى، فقد حصل الأداء بحكم الأمر، فلهذا قال: برئ المحتال عليه.

ونظير هذا ما قال محمد فيمن اشترى من آخر عبداً بثمن معلوم، وأمر رجلاً بالكفالة عنه بذلك، أو بقبول الحوالة عنه بذلك، ثم أدى الكفيل أو المحتال عليه، ثم استحق العبد، أو ظهر أنه كان حراً، رجع الكفيل والمحتال عليه بما أديا على المشتري، وإن بطلت الحوالة والكفالة، وطريقه ما قلنا. وإذا بقي الأمر بأداء ما عليه، فإذا أدى، فقد حصل الأداء بحكم الأمر، فلهذا قال: برئ المحتال عليه، ثم قال: وللمحيل أن يرجع على المحتال له، فيأخذ منه الجياد، ويعطيه التبرجة؛ لأن المحتال له قبض الجياد من المحتال عليه بدل المحيل بحكم صرف فاسد، فصار كأنه قبضها من المحيل بحكم صرف فاسد، وهناك الجواب كما قلنا.

وإن لم تكن للمحيل على المحتال عليه المائة، وباقي المسألة بحالها، فللمحتال عليه أن يرجع على المحيل بالمائة الجياد؛ لأن الحوالة إن بطلت بقي الأمر بالأداء، فحصل الأداء بأمر المحيل، فكان له حق الرجوع عليه.

١٦٦٦٦ - قال في «الجامع» أيضاً: رجل له على رجل مائة درهم أحاله المديون بها على رجل للمحيل عليه مائة حالة إلى سنة، يريد به أن الحوالة كانت إلى سنة، وإن

التأجيل في دين الحوالة لا في دين المحيل على المحتال عليه على أن يعطيها إياه من المائة التي له عليه، قال: الحوالة جائزة، وتكون الحوالة إلى سنة؛ لأن هذا التصرف حوالة لفظًا ومعنى، وليس بمصارفة أصلًا؛ لأن المحيل أحال بدين ما كان واجبًا عليه على غيره، والحوالة كما تجوز حالة، تجوز مؤجلة بخلاف المسألة الأولى؛ لأن في تلك المسألة المحيل لم يحل بدين ما كان عليه، فكان ذلك صرفًا معنى، أما ههنا بخلافه، فإن برئ المحتال له المحتال عليه في هذه الصورة من دينه قبل محل الأجل، فالمحيل أن يرجع على المحتال عليه بالمائة حالًا؛ لأن دين المحيل على المحتال عليه كان حالًا في الأصل، وبالحوالة وجب دين آخر على المحتال عليه للمحتال إلى سنة؛ فصار دين المحيل على المحتال عليه مشغولًا بذلك الدين، وبالإبراء زال ذلك الشغل، فعاد الأمر إلى ما كان قبل الحوالة.

١٦٦٦٧- قال في «الجامع» أيضًا: رجل كفل عن رجل بمائة، فأحال الكفيل الطالب بها على رجل، فقد برئ الكفيل والذي عليه الأصل؛ لأن الحوالة مضافة إلى ما للمحتال من الدين، ودينه على الكفيل والأصيل، فانصرف معنى الحوالة إلى ما عليهما جميعًا من الدين، فإن توى المائة على المحتال عليه بموته مفلسًا عاد المال على الذي كان عليه الأصل وعلى الكفيل جميعًا، يأخذ الطالب أيهما شاء؛ لأن الحوالة تنتقض بموت المحتال عليه مفلسًا، فيصير الحال بعد انتقاض الحوالة كالحال قبلها، ولو كان الكفيل أحال الطالب بالمائة على أن أبرأه منها يريد به إبراء الكفيل من المائة، فللطالب أن يأخذ الذي عليه الأصل والمحتال عليه؛ لأن الكفيل لما شرط براءة نفسه علم أنه قصد بالحوالة الحوالة بما عليه من الدين لا بما على الأصيل، فيبقى الدين على الأصيل، فإن مات المحتال عليه مفلسًا في هذه الصورة، فللطالب أن يأخذ الكفيل أيضًا؛ لأن الحوالة قد انتقضت، وعاد الأمر إلى ما كان قبل الحوالة.

١٦٦٦٨- ولو أن رجلًا قال للطالب متطوعًا: احتل علي بهذا المال، ففعل، فالحوالة عن الأصيل والكفيل جميعًا.

ولو قال: احتل علي على أن يبرأ الكفيل، كانت الحوالة عن الكفيل، ولا يبرأ الذي عليه الأصل؛ لأن في الوجه الأول قبل الحوالة عنهما، وفي الوجه الثاني قبل

محتالاً من الكفيل خاصة على ما بيّنا.

١٦٦٦٩ - رجل له على رجل ألف درهم نبهرجة، وللمديون على رجل ألف درهم جياد، فأحال من عليه النبهرجة على غريمه ليعطي له النبهرجة، ويكون الجياد للمحتال عليه، بهذه الحوالة فاسدة قياسًا واستحسانًا. وإن كان للمحتال عليه صاحب وقبل الحوالة؛ لأن هذا صرف جرى بين المحيل والمحتال عليه بشرط أن يحيل المحيل غريمه على المحتال عليه ببدل الصرف، ولو شرط أن يعطي البائع غريمًا من غرمائه الثمن على المشتري بطل فيما استحسانًا، وإنما قلنا ذلك لأن المحيل شرط للمحتال عليه الجياد مكان النبهرجة، وهذا معنى المصارفة، وإنما شرط ذلك ليحيل غريمه، وهو معنى قولنا: هذا صرف جرى بين المحيل والمحتال عليه بشرط أن يحيل المحيل غريمه عليه ببدل الصرف. فإن أعطى المحتال عليه على هذه الحوالة النبهرجة، رجع به على المحيل إن شاء؛ لأن الحوالة إن فسدت ففي الأمر بالأداء، فإذا أدى المحتال عليه أدى بأمر المحيل، وإن شاء رجع على المحتال له؛ لأنه أعطاه بحكم ضمان فاسد، وإذا رجع على المحيل بالنبهرجة فالمحيل يرجع عليه بالجياد؛ لأن حق المحيل قبل المحتال عليه كان في الجياد.

١٦٦٧٠ - ولو صالح المحيل المحتال عليه في الجودة على ألف نبهرجة على أن يعطي بها عليه من له النبهرجة، فأحال بها عليه، فهو جائز، ويبرأ المحتال عليه من الجياد، ويجب عليه ألف درهم نبهرجة للمحتال له، وإنما جاز هذا التصرف؛ لأن المحيل أبرأ المحتال عليه عن الجودة على أن يحيل عليه ما يتقي غريمًا من غرمائه، والبراءة مما يبطلها الشروط الفاسدة.

بيانه: أن في الصلح معنى الإسقاط ومعنى التمليك، فإن تعذر تصحيح هذا التصرف بهذا الشرط من حيث إنه تمليك؛ لأن مثله لا يجوز بهذا الشرط، أمكن تصحيحه من حيث إنه إبراء وإسقاط، بخلاف المسألة الأولى؛ لأن ثمة بيع الجياد من المحتال عليه بشرط أن يحيل غريمًا من غرمائه عليه، والبيع تمليك محض، ليس فيه معنى الإسقاط، والتمليك بهذا الشرط لا يجوز. وإن كان للمحيل في هذه الصورة وعليه ديون كثيرة سوى دين المحتال له، يؤخذ من المحتال عليه الألف النبهرجة، ويقسم بين

المحتال له وبين بطلان الصرف بعد ما افترقا قبل هذا

١٦٦٧١ - ولو كان للمحيل مال للمحتال عليه، فأحلت المحتال له عليك بالنبهرجة لتعطيه إياه من الجياد، أو قال: لتعطيه الجياد التي عليك وتراضوا عليه، كانت الحوالة باطلة، سواء كان المحتال له حاضراً أو كان غائباً، قياساً واستحساناً، وإنما بطلت الحوالة؛ لأنها مصارفة معنى وإن كانت حوالة لفظاً جرت بين المحيل والمحتال له بالدين للمحيل على المحتال عليه

بيانه: أن المحيل اشترى الألف النبهرجة التي في ذمته للمحتال له بألف جياد له دين على المحتال عليه؛ لأنه شرط للمحتال له زيادة وصف لا يسلم له إلا بالشرط، وهو وصف الجودة؛ لأنه قال: على أن يعطيها من الدراهم الجياد، والصرف بدين على غيره لا يجوز، ولو كانت الجياد عند المحتال عليه غصباً، أو وديعة، وهي قائمة، فأحال المحيل صاحب النبهرجة على المستودع أو على الغاصب، فقال المحيل للمحتال عليه: أحلته عليك بالجياد لتعطيه له بالنبهرجة، فالحوالة جائزة إن قبضها المحتال له قبل أن يفارق المحيل.

١٦٦٧٢ - وكذلك إذا قال المحيل للمحتال له: قد أحلتك بالدراهم النبهرجة على فلان ليعطيك بها دراهم جياداً عنده، فالحوالة جائزة إن قبضها المحتال له قبل أن يفارق المحيل؛ لأن هذه مصارفة معنى جرت بين المحيل والمحتال له مضافة إلى دراهم بعينها وهي وديعة، أو غصب للمشتري عند غيره، والشراء بعينه على هذا الوجه جائز، ومتى جازت هذه المصارفة إن قبضها المحتال له قبل أن يفارق المحيل، مضت على الجواز، وإن افترقا قبل القبض بطلت المصارفة، وإن لم يفترقا، ولكن فارقهما المودع أو الغاصب؛ فالحوالة ماضية؛ لأنه ليس بعاقد.

١٦٦٧٣ - رجل له على رجل ألف درهم جياد، وللمديون على رجل آخر ألف درهم نبهرجة، فأحال الذي عليه الجياد صاحب الجياد على الذي عليه النبهرجة على أن يعطيه النبهرجة، فيكون له من الجياد، فهذا جائز؛ لأن المحتال له أبرأ المحيل عن الجودة بشرط أن يحيله بالباقي على غريمه، ولو أبرأ المحيل عن بعض الوزن على أن يحيله بالباقي على غريمه جاز، كذا هذا، وصارت هذه مسألة في الخلاصة كأن المحتال له نال

للمحيل: صارفتك عن جياد لي ببهرجة على أن تعطيني بالبهرجة على غريمك، وهذا لأنهما إن لم ينصا نصاً على الصلح، فقد ذكرا معنى الصلح؛ لأن المحتال له لما قبل الحوالة بالبهرجة مع أن حقه في الجياد؛ فقد حط بعض حقه عن المحيل، وهو الجودة والصلح يبتني على ذلك، فقد ذكرا معنى الحط، وذكر معنى الحط والتنصيص عليه سواء، فإن مات المحال عليه مفلساً رجعت الدراهم على المحيل ببهرجة، وإن انتقضت الحوالة؛ لأن الانتقاض لا يظهر في حق الساقط، وحق صاحب الجياد قد سقط عن الجودة بإسقاطه، فلا يظهر الانتقاض في حقها

١٦٦٧٤ – رجل له على رجل ألف درهم، وللمديون على رجل مائة دينار، أحال الذي عليه الدراهم غريمه على الذي عليه الدنانير على أن يعطيه الدنانير التي عليه من الدراهم، أو على أن يعطيه الدراهم من الدنانير التي عليه، فالحوالة باطلة؛ لأن هذا التصرف صرف معنى؛ لأن المحيل أحال المحتال بالدنانير، وحق المحتال له في الدراهم والدنانير إنما تصير حق صاحب الدراهم بالمصارفة، فيصير المحيل مشترياً الدراهم التي عليه بالدنانير التي له على المحتال عليه، والصرف بدين له على غيره باطل، حتى لو كانت الدنانير للمحيل في يد المحتال عليه غصباً، أو وديعة، وهي قائمة بعينها، وباقي المسألة بحالها، كانت الحوالة جائزة؛ لأن هذه مصارفة جرت بين المحيل والمحتال عليه مضافة إلى دنانير عين في يد الغاصب أو المودع، وإنها جائزة – والله أعلم.

الذمة، فإن ذمة الوارث أو الوصي تخلف ذمته، ولكن خلافة ذمة الوارث أو الوصي ذمته مع أنه لم يوجد منه الاستخلاف خلاف الحقيقة، عرف ذلك شرعًا بشرط ترك المال، ولم يوجد هذا الشرط في مسألتنا، فلم يبق الذمة أصلاً، فلا يبقى الدين. وبعضهم قالوا: الدين إن سقط بموت المحتال عليه مفلسًا في المسألتين جميعًا إلا أن سقوط الدين وبراءة المديون عنه لا ينافي ابتداء الكفالة، فإنه لو كفل بشرط براءة المديون عن الدين يجوز، وكذلك إذا أضاف الكفالة إلى سقوط الدين، بأن قال لآخر: إذا توى مالك على فلان فهو علي، أو قال: فأنا[1] كفيل يجوز، فكذا في الانتهاء، أما سقوط الدين وبراءة المديون عنه تنافي الرهن في الابتداء، ألا ترى أنه لو رهن بشرط براءة من عليه لا يجوز، وكذلك إذا أضاف الرهن إلى سقوط الدين لا يجوز، فكذا في الانتهاء.

١٦٦٧٧ - واستشهد محمد في الكتاب لبيان أن سقوط الدين وبراءة المديون عنه توجب بطلان الرهن بمسألة، فقال: ألا ترى أن المديون إذا رهن بالدين رهنًا، ثم إن المديون أحال رب الدين على رجل بالدين إنه يبطل الرهن، فكان له أن يسترد الرهن، فكذا ههنا.

ذكر مسألة الاستشهاد في "الزيادات" في موضعين: في أحد الموضعين قال: له أن يسترد الرهن، وقال في الموضع الآخر: ليس له أن يسترد الرهن، فمن مشايخنا من قال: في المسألة روايتان، ومنهم من قال: ما ذكر أن له أن يسترد، قول محمد وما ذكر: أنه ليس له أن يسترد، قول أبي يوسف وبقول محمد أخذ أبو حازم القاضي، وبقول أبي يوسف أخذ أبو بكر القمي، قالوا: والاختلاف على هذا الوجه مذكور في "النوادر".

فوجه الرواية التي قال فيها: له أن يسترد أن المطلوب إنما رهنه بدين نفسه، وبالحوالة برئ عن دين نفسه؛ لأن الحوالة لنقل الدين، ولهذا لا يجوز الرهن ابتداء بعد عقد الحوالة، ولو كان الدين باقيًا بعد عقد الحوالة في ذمة المحيل، لجاز الرهن.

إذا ثبت هذا، فنقول: لو بقي الرهن بعد عقد الحوالة لصار رهنًا بدين غيره، وهو

---

(١) هكذا في ظ، وكان في الأصل وم وف: "فإنه".

ما رهنه بدين غيره، ألا ترى أنه لو كفل به كفيل، وباقي المسألة بحالها، برئ الكفيل؛ لأنه إنما كفل بدين على المطلوب، لا بدين على غيره.

وجه الرواية الأخرى: أن الدين بعد عقد الحوالة باق في ذمة المحيل؛ لأن الحوالة في معنى تأجيل الدين لا لنقل الدين، لما ذكرنا لمحمد في صدر هذا الكتاب، وتأجيل الدين لا يوجب بطلان الرهن. وبهذه المسألة تبين أن الصحيح ما قاله بعض مشايخنا المتأخرين: إن قول محمد: إن الحوالة لنقل المطالبة لا لنقل الدين، لم ينقل إلا صريحاً، والأحكام في ذلك متعارضة، وإنما لا يصح الرهن ابتداء بعد عقد الحوالة؛ لأن كون الحوالة تنقل المطالبة ليس بأمر قطعي، بل هو مجتهد فيه، والاجتهاد يحتمل الصواب والخطأ، وكان في قيام الدين بعد الحوالة احتمالاً، وكان في شرط صحة الرهن احتمالاً، والاحتمال في شرط صحة التصرف يكفي لمنع صحة التصرف ابتداء، أما لا يكفي لمنع بقائه على الصحة.

١٦٦٧٨- جئنا إلى أصل المسألة، فنقول: لو أن صاحب الدين لم يأخذ الرهن بعد ما مات المحتال عليه مفلساً حتى هلك في يد المرتهن، هلك بالدين الذي هو مضمون به. وإن سقط الدين عن المحتال عليه لموته مفلساً؛ لأن الرهن إنما يصير مضموناً بالقبض؛ لأن ضمان الرهن ضمان استيفاء، والاستيفاء بالقبض، فكان سبب الضمان القبض، فيبقى الضمان ما بقي القبض، ولأن الدين ما سقط عن المحتال عليه أصلاً، إنما سقط إلى عوض، وهو ذمة المحيل، وفي مثل هذا يهلك الرهن مضموناً، كما إذا صالح من الدين على عين، فالدين عين، ثم هلك الرهن، فإنه يهلك مضموناً، وبه يقع الفرق بين مسألتنا هذه، وبينما إذا أبرأ المرتهن الراهن عن الدين، ثم هلك الرهن في يد المرتهن، حيث يهلك أمانة؛ لأن بالإبراء سقط الدين أصلاً، وقبض الرهن إنما يصير سبب الضمان بشرط الدين، فإذا سقط الدين، فقد فات الشرط قبل الضمان، أما ههنا بخلافه.

١٦٦٧٩- ثم إذا هلك الرهن بالدين الذي هو مضمون به بطل دينه، ثم إن كان الراهن تطوع في الرهن لا يرجع على أحد بشيء، وإن رهن بأمر المحتال عليه، واستعار المحتال عليه شيئاً، ورهنه يرجع صاحب الرهن على المحيل بالمال، فيأخذه منه؛ لأن صاحب

الرهن صار قاضياً دين المحتال عليه بأمره، وصار المحتال عليه قاضياً دين المحيل بأمره، فاستوجب الرجوع على المحيل بمثله، وصار ذلك تركة للمحتال عنه، فيقضي منها دين غرمائه، والراهن من جملة غرمائه، ولم يذكر من يأخذ ذلك من المحيل، واختلف المشايخ فيه: منهم من قال: صاحب الرهن، ومنهم من قال: ينصب القاضي قيماً يأخذ ذلك من المحيل، ويدفعه إلى صاحب الرهن.

الفصل السابع
في الحوالة التي يحتال بها على الكفيل أو على الأصيل

١٦٦٨٠ - قال محمد في "الزيادات": رجل له على رجل ألف درهم كفل بها كفيل بأمر الأصيل، وعلى رب الدين لرجل آخر ألف درهم، أحال رب الدين غريمه على الكفيل بدينه على أن يؤديه من المال الذي كفل به، فالحوالة جائزة، وهذه حوالة مقيدة بالدين، ويبرئ الكفيل عن مال الكفالة، ولا يريد به براءة مطلقة؛ لأن المحتال له بالحوالة لا يملك الدين الذي للمحيل على المحتال عليه، وهو الكفيل هنا لمنفعة الذي مر، وإنما يريد براءة موقتة، وهو تأخر المطالبة عنه إلى وقت بطلان الحوالة، وهذا لأن الحوالة أوجب شغلاً في ذلك الدين، فأوجب ذلك انقطاع يد الطالب، وصار كالتأجيل.

يوضيحه: أن الكفيل لا يرضى بمطالبة المحتال له إلا بشرط براءته عن مطالبة الطالب؛ لأنه لا يرضى بالمطالبين، فإذا ثبت إحداهما انتفت الأخرى، وللكفيل أن يأخذ المكفول عنه بماله؛ لأن الكفيل وإن برأ إلا أن براءة الكفيل مطلقة كانت أو موقتة من غير إيفاء لا توجب براءة الأصيل.

قال في الكتاب: ألا ترى أن صاحب المال لو أجل الكفيل سنة، كان له أن يأخذ المكفول عنه بماله، فكذلك إذا أحال عليه؛ لأن هذا يعني تأخر المطالبة عن الكفيل إلى وقت بطلان الحوالة، فإذا استوفى المحتال له المال من الكفيل، برئ المكفول عنه؛ لأن أداء الكفيل إلى المحتال، وهو قائم مقام صاحب المال، كالأداء إلى صاحب المال.

١٦٦٨١ - ولو أراد الكفيل أن يرجع بما أدى على المحيل، ويقول: قبلت الحوالة بأمرك، ليس له ذلك؛ لأن المحتال له قائم مقام المحيل، ولو أدى الكفيل إلى المحيل لا يكون له أن يرجع بعد ذلك على المحيل، فكذا إذا أدى إلى المحتال له، ولكن يرجع الكفيل على المكفول عنه؛ لأن من حجة الكفيل أن يقول له: قد كفلت عنك بأمرك، وأديت المال إلى من قائم مقام المكفول له، وهو المحتال له، ولو كنت أديت إلى المكفول

لم كنت أرجع عليك، فكذا إذا أديت إلى من قام مقامه، وليس للمكفول عنه أن يحتج على الكفيل، ويقول له: إنما لزمك المال للمحتال له بسبب قبولك الحوالة، وكنت مختارًا في ذلك؛ لأن الكفيل يقول له: أصل الضمان لزمني بالكفالة والحوالة تعلقت بذلك الضمان، لكن تبدل الطالب بالحوالة، وتبدل الطالب بالحوالة لا يوجب تغيير الضمان، ألا ترى لو أمر الطالب إنسانًا بقبض الدين من الكفيل من غير حوالة، فقبض كان للكفيل أن يرجع على المكفول عنه بذلك، وقد تبدل الطالب، ولم يوجب ذلك تغير الضمان حتى كان للكفيل حق الرجوع، كذا هنا.

ولو لم يستوف المحتال له المال من الكفيل، ولكن طالبه بالمال كان للكفيل أن يطالب المكفول عنه؛ لأن المحتال له قام مقام المحيل، وهو الطالب، وكانت مطالبته مطالبة الطالب، ومطالبة الطالب الكفيل توجب للكفيل على الأصيل مطالبة مثله، فكذا مطالبة من قام مقام الطالب. ولو لم يكن شيء من ذلك حتى أخذ المحيل وهو الطالب المال من المكفول عنه، برئ المكفول عنه بأدائه، وبرئ الكفيل عن حق الكفالة حكمًا لبراءة المكفول عنه، ولكن لا تبطل الحوالة عند علمائنا الثلاثة لما مر قبل هذا، حتى كان للمحتال له أن يطالب الكفيل بحكم الحوالة، وليس للكفيل أن يرجع على المكفول عنه حتى يخلصه عن مطالبة المحتال له، وكذلك إذا أدى الكفيل دين المحتال له لا يرجع بما أدى على المكفول عنه؛ لأن من حجة المكفول عنه أن يقول للكفيل: إنما بقيت في هذه الورطة بسبب قبولك الحوالة لو لا قبولك الحوالة لكنت بريئًا بأدائي، فإنما بقيت في هذه الورطة بقبولك وكنت مختارًا فيه، فلا يكون علي تخليصك ولا يكون لك الرجوع علي بما أديت بخلاف ما إذا طولب الكفيل قبل أداء المكفول عنه أو أدى قبل أداء المكفول عنه حيث يرجع بالمال على المكفول عنه؛ لأن هناك دين الكفالة باق، وما لزم الكفيل لزمه بحكم الكفالة، لكن تبدل الطالب بالحوالة على ما مر، ولكن يرجع الكفيل بما أدى على المحيل، وهو الطالب؛ لأن الكفيل أدى دين المحيل بأمره، لكن قبل أداء المكفول عنه المال بنفسه إنما كان لا يرجع الكفيل على المحيل؛ لأنه لو رجع الكفيل على المحيل بدين الحوالة لرجع المحيل عليه بدين الكفالة، فلا يفيد الرجوع، أما ههنا الكفيل قد برئ عن دين الكفالة، فلو رجع على المحيل بدين الحوالة فالمحيل لا يرجع عليه بدين الكفالة، فكان الرجوع مفيدًا فيرجع.

قال: ولو كانت الكفالة من الكفيل بغير أمر المكفول عنه، فهذا، وما لو كانت الكفالة من الكفيل بأمر المكفول عنه سواء إلا في خصلة، وهو أن الكفيل إذا طولب ليس له أن يطالب المكفول عنه حتى يخلصه، وإذا أدى لا يرجع عليه، لكونه متبرعًا في الكفالة والأداء.

١٦٦٨٢ - هذا الذي ذكرنا إذا أحال الطالب غريمه على الكفيل، فأما إذا أحال الطالب غريمه على الأصيل حوالة مقيدة، جازت الحوالة؛ لأن أصل الدين عليه، فيصح تقييد الحوالة، ولا سبيل للمحتال له على الكفيل؛ لأنه لم يضمن له شيئًا، ويبرئ الأصيل والكفيل عن مطالبة المحيل، ولم يرد به براءة مطلقة؛ لأن دين المحيل لم يسقط عن الأصيل، وإنما أريد به براءة مؤقتة، ومعناها تأخر المطالبة إلى وقت بطلان الحوالة، وإنما تأخرت المطالبة عن الأصيل لأن الحوالة أوجبت شغلاً في ذلك الدين، فيوجب انقطاع يد الطالب عنه، وإذا تأخرت المطالبة عن الكفيل بطريق التبعية، فإن أراد الطالب بعد ذلك أن يحيل غريمًا آخر من غرمائه على الكفيل حوالة مقيدة بذلك الدين، لا يجوز؛ لأن الذي على الكفيل بحكم الكفالة المطالبة، وقد برئ من المطالبة حكمًا لبراءة الأصيل، فليس على الكفيل شيء في هذه الحوالة الثانية ليصح تقييد الحوالة، ولو أبرأ الطالب الكفيل في هذه الحالة كان إبراؤه باطلاً؛ لما ذكرنا أن الذي على الكفيل بحكم الكفالة المطالبة، وقد برئ عن المطالبة حكمًا لبراءة الأصيل، فالإبراء لم يصادف محله، فلا يصح.

١٦٦٨٣ - فإن مات المحيل وعليه ديون كثيرة، ولا مال له غير ما على المكفول عنه والكفيل، بطلت الحوالة، ولا يصير المحتال له أخص بذلك المال استحسانًا، وينصب القاضي وكيلاً حتى يأخذ ذلك المال إن شاء من الأصيل، وإن شاء من الكفيل. وإنما لم يصر المحتال له أخص بذلك المال؛ لما ذكرنا أن دين المحيل باق على ملكه بعد الحوالة، فيصير مقسومًا بين غرمائه، والمحتال له من جملتهم. ولو لم يمت المحيل، ولكن مات المحتال عليه، وهو المكفول عنه مفلسًا بطلت الحوالة، وعاد دين المحتال له إلى المحيل، كما هو مذهبنا، ولكن للمحيل أن يطالب الكفيل؛ لأنه إلى الآن إنما كان لا يطالبه؛ لأن المطالبة قد تأخرت عنه حكمًا لتأخرها عن الأصيل بسبب الحوالة، وقد بطلت الحوالة، فارتفع التأخير، وموت المكفول عنه مفلسًا لا يبطل الكفالة، فلا منع

أجمعت على أن الكفالة لا تبطل بموت المكفول عنه مفلساً، إن اختلفوا في صحة الكفالة عن الميت مفلس ابتداء، فإذا أدى الكفيل رجع في مال المكفول عنه إن كان كفل بأمره؛ لأنه أدى دينه بأمره، فيكون له حق الرجوع في تركته، كما يكون له حق الرجوع عليه لو كان حياً.

١٦٦٨٤ - وفي هذه المسألة نوع إشكال؛ لأن موضوع المسألة فيما إذا مات المكفول عنه مفلساً، ولو كان له مال يمكن الرجوع فيه، يظهر أنه مات مليء، ويتبين أن المحيل لم يكن المستحق(١) من أن يأخذ الدين من الكفيل، فكان للكفيل أن يسترد ما أدى إليه، لا أن يرجع بما أدى على المكفول عنه. ومشايخنا صححوا ما ذكر محمد من رجوع الكفيل في تركة المكفول عنه مع إمضاء ما جرى من الحكم ببطلان الحوالة، ورجوع المحتال له على المحيل، ورجوع المحيل على الكفيل بصورة تأويل، فقالوا: أراد محمد الرجوع في تركة حدثت للمكفول عنه بسبب جديد لا في تركة كانت له وظهرت الآن، وبحدوث التركة له بسبب جديد لا يتبين أنه مات مفلساً، ولا يتبين بطلان ما جرى من الحكم.

١٦٦٨٥ - ثم اختلفوا في تصوير ذلك: منهم من قال: صورته أن يكون المحتال عليه قد قتل عمداً حتى وجب القصاص على قاتله، وللمحتال عليه وليان عفا أحدهما بعد ما قضى القاضي بإفلاسه، وبرد المال إلى ذمة المحيل حتى انقلب نصيب الآخر مالاً، فهذه تركة حدثت بسبب جديد.

ومنهم من قال: صورته أن المحتال عليه قد نصب شبكة، فتعلق بها صيد بعد موته. ومنهم من قال: صورته أن باع المحتال عليه عبداً يساوي ألف درهم بمائة، ومات ورد المشتري العبد على وارثه بعيب، فباعه الوارث بألف درهم، وأدى المائة إلى المشتري، يبقى للميت تسعمائة، فهذا مال حادث له بسبب جديد؛ لأن البيع سبب جديد.

١٦٦٨٦ - ولو ظهر للميت مال، كأن كان له دين على إنسان أو وديعة عند رجل، أو مديون، ولم يعلم القاضي به يوم موته حتى قضى ببطلان الحوالة، فيعود

(١) هكذا في الأصل ولكن في طوب: أسبل

الدين على المحيل، رد القاضي قضاءه؛ لأنه ظهر أن المحتال عليه مات مليًا، فظهر خطأ القاضي في قضاءه ببطلان الحوالة، فرد قضاءه، فبعد ذلك إن لم يكن المحتال له أخذ شيئًا من المحيل، رجع بدينه في المال الذي ظهر للمحتال عليه، وإن كان قد أخذ شيئًا من المحيل، رد عليه ما أخذ؛ لأنه تبين أن الحوالة لم تبطل، وأن المحتال له أخذ من المحيل بغير حق، وكذلك لو أدى الكفيل شيئًا إلى المحيل، رجع بما أدى على المحيل؛ لأنه تبين أن المحيل أخذ ذلك من الكفيل بغير حق لما تبين خطأ القاضي.

قال: ولو كان القاضي يعلم أن للميت دينًا على المفلس، فعلى قول أبي حنيفة: لا يقضي ببطلان الحوالة، وعلى قولهما: يقضي بناء على أن الإفلاس عند أبي حنيفة في حال الحياة لا يتحقق، فالمحتال عليه لم يمت مفلسًا، فلا يقضي ببطلان الحوالة، وعندهما الإفلاس يتحقق في حال الحياة، فالمحتال عليه مات مفلسًا، فيقضي ببطلان الحوالة.

١٦٦٨٧ - ولو كان المحتال عليه حين مات مفلسًا، لم يقض القاضي ببطلان الحوالة، وعود الدين إلى المحيل، ولكن المحيل أوفى دين المحتال له؛ يُجبر المحتال له على القبول، وليس الجبر على القبول في هذا الموضع خاصة، بل في كل موضع أدى المحيل دين المحتال له يجبر المحتال له على القبول، وقد مر هذا في صدر الكتاب. وإذا قبل بطلت الحوالة، ويرجع المحيل إن شاء في تركة المكفول عنه لو ظهر له مال، وإن شاء على الكفيل؛ لأن الدين واجب على الكفيل والمكفول عنه، لكن تأخرت المطالبة لصيرورة ذلك الدين مشغولا بعقد الحوالة، فإذا بطلت الحوالة زال الشغل. وإن كان الكفيل قد أدى المال إلى المحيل أولا، ثم أدى المحيل إلى المحتال له، ثم ظهر للميت مال، لم يرجع الكفيل على المحيل؛ لأن قضاء المحيل دين المحتال عليه قد صح، وبطلت الحوالة، فلو رجع الكفيل على المحيل رجع المحيل عليه بأمر بحكم الكفالة، ولا يفيد الرجوع.

١٦٦٨٨ - قال: ولو لم يمت المحتال عليه، ولكن أبرأ المحتال له المحتال عليه، برئ المحتال عليه، والمحيل عن دين المحتال له، ورجع المحيل بما كان له على المحتال عليه وعلى كفيله؛ لأن بالإبراء نشفى الحوالة عن الدين، فزال المانع من الرجوع،

١٦٦٩٠ - رجل له على رجل ألف درهم ، وبه كفيل ، وعلى رب الدين لرجلين ألف درهم دين ، لكل واحد منهما ألف درهم ، أحال رب الدين أحد غريميه على الأصيل حوالة مقيدة بذلك الدين ، وأحال غريمه الآخر على الكفيل حوالة مقيدة بذلك الدين ، فهذا على وجهين : الأول - إذا حصلت الحوالتان على التعاقب ، وإنه على وجهين أيضاً : الأول - إذا بدأ بالحوالة على الكفيل ، وفي هذا الوجه صحت الحوالتان . أما الحوالة على الكفيل فظاهر ، أما الحوالة على الأصيل فلأن تأخر المطالبة على الكفيل لا توجب تأخر المطالبة عن الأصيل ، ولا براءته عن الدين ، فيصح تقييد الحوالة بها ، ولا تبطل الحوالة الأولى بالحوالة الثانية ؛ لأن المطالبة قد تأخرت عن الكفيل بالحوالة الأولى ، فالحوالة الثانية قد وجدت ، والمطالبة عن الكفيل متأخرة ، فلا تتأخر المطالبة عن الكفيل بتأخر المطالبة عن الأصيل ، فلا تبطل الحوالة الأولى بهذا .

١٦٦٩١ - وإذا أدى الكفيل شيئاً لا يكون له أن يطالب المكفول عنه بما أدى ، لأن من حجته أن يقول للكفيل : لولا قبولك الحوالة لكنت برئت بقبول الحوالة ، وإنما بقيت في هذه الورطة لقبولك الحوالة ، وكنت مختاراً فيه . فلا يكون لك حق الرجوع عليّ ، ولكن يرجع على المحيل ، لأنه قبل الحوالة بأمره .

١٦٦٩٢ - ولو أن الكفيل لم يؤد شيئاً ، ولكن أدى المكفول عنه بنفسه ، برئ المكفول عنه بالأداء ، وبرئ الكفيل عن دين الكفالة حكماً لبراءة المكفول عنه ، وصارت الحوالة على الكفيل مطلقة عند علمائنا الثلاثة . وإذا أدى الكفيل إلى المحتال له ، لا يكون له أن يطالب المكفول عنه ، ولكن يطالب المحيل لما ذكرنا

١٦٦٩٣ - الوجه الثاني من هذا الوجه إذا بدأ بالحوالة على الأصيل . وفي هذا الوجه صحت الحوالة على الأصيل ، وهذا ظاهر وبطلت الحوالة على الكفيل ؛ لأن الكفيل برئ عن مطالبة المحيل حكماً لبراءة الأصيل بالحوالة عليه ، فالحوالة على الكفيل حصلت حال كونه بريئاً عن المطالبة ، فبطلت ، ولو بطلت الحوالة على الأصيل بموته مفلساً ، أو بوجه من الوجوه ، حتى عادت المطالبة إلى المحيل ، وإلى الكفيل ، فالحوالة الماضية على الكفيل لا تعود .

الوجه الثاني من الوجه الأول إذا حصلت الحوالتان معاً ، وفي هذا الوجه جازت

الحوالتين، أما الحوالة على الأصيل فلا تثبت، وأما الحوالة على الكفيل فلأن الحوالة على الكفيل حصلت حال قيام الدين، وتوجه المطالبة عليه. بيانه: أن المطالبة إنما تسقط عن الكفيل لسقوطها عن الأصيل، وسقوط المطالبة عن الأصيل حكم صحة الحوالة عليه، فيتأخر عن الحوالة، فكانت المطالبة متوجهة عن الكفيل حالة الحوالة على الأصيل، والحوالة على الكفيل حصلت مقارنة للحوالة على الأصيل، فكانت الحوالة على الكفيل في حال توجه المطالبة عليه، فصحت. والله أعلم بالصواب.

الفصل الثامن

في اليمين والشهادة في الحوالة

١٦٦٩٤ - إذا شهد أحد الشاهدين أنه احتال بها عليه، وشهد الآخر أنه ضمنها له على أن يبرأ الأول، أو لم يذكر البراءة، وادعى الطالب الضمان والبراءة أو الحوالة، فإنه يؤاخذ المشهود عليه بالمال لاتفاق الشاهدين على الحوالة معنى، أو لاتفاقهما على لزوم المشهود عليه المال، ويبرئ الأصيل بقول الطالب إن لم يذكر الشاهد بالضمان البراءة، وبالشهادة إن ذكر البراءة.

١٦٦٩٥ - ولو ادعى الطالب الضمان على الكفيل بغير براءة، وقال: لم أحتل عليه، قبلت شهادتهما؛ لأنهما اتفقا على كون المشهود ضامنًا للمال حويلا كان أو كفيلا، ولم يصر الطالب بدعوى الضمان بغير براءة مكذبًا للشاهد الذي شهد بالحوالة فيما شهد له إنما كذبه فيما شهد عليه، وهو لم يكذبه في ذلك، إنما كذبه في حق براءة الأصيل، والطالب في حق براءة الأصيل مشهودٌ عليه، وتكذيب المشهود عليه الشاهد لا يمنع قبول الشهادة، وقد مر جنس هذا في كتاب الكفالة.

١٦٦٩٦ - وإن كان لرجل على رجلين ألف درهم، فأحالا به على رجل لهما عليه مال، فجحد الطالب الحوالة، فشهد عليه ابناه أو أبواه بالحوالة، فشهادتهما جائزة؛ لأن للأب في هذه الشهادة منفعة من وجه، فإنه يثبت له به حق المطالبة لم يكن، ومضرة من وجه؛ لأنهما يبرئان الأصيل بهذه الشهادة، فتقبل عند جحود الأب، ولا تقبل عند دعواه، وإن شهد ابنا المطلوبين الأولين لا تقبل شهادتهما إذا ادعى المطلوبان ذلك، وإن جحدا تقبل شهادتهما؛ لأن لهما في هذه الشهادة نوع منفعة، وهو براءتهما عن مطالبة الأصيل، ونوع مضرة، وهو رجوع المحتال عليه عليهما عند الأداء، والتقريب ما ذكرنا في المسألة المتقدمة.

١٦٦٩٧ - وإذا شهد على رجل شاهد بألف درهم بحكم الحوالة، وشهد عليه شاهد آخر بألف وخمسمائة درهم بحكم الحوالة، والمشهود له يدعي ألفًا وخمسمائة،

والمشهود عليه يقر بخمسمائة، قضى القاضي على المحتال عليه بألف درهم، وإذا أدى رجع على المحيل بالألف، وإن كان في زعمه أنه لا رجوع له بالألف؛ لأنه صار مكذبًا في زعمه لما قضى القاضي عليه بألف درهم.

١٦٦٩٨- وإذا ادعى رجل على رجل ألف درهم بحكم الحوالة عن فلان، والمدعى عليه يجحد، فجاء المدعي ببينة شهدت له بذلك، والأصيل غائب، قضى القاضي على المدعى عليه بألف درهم، ويكون ذلك قضاء على الأصيل حتى لو أدى المحتال عليه الألف، رجع على المحيل بذلك، ولا يحتاج إلى إعادة البينة عليه، وانتصب المدعى عليه الحاضر خصمًا عن الغائب، لأن المدعي ادعى حقًا على الحاضر بسبب على الغائب، فإن الحوالة على الحاضر لا تصح إلا بعد ثبوت الدين على الغائب؛ لأن الحوالة ينتقل ما في ذمة الغائب إلى ذمة الحاضر، وفي مثل هذا ينتصب الحاضر خصمًا عن الغائب.

١٦٦٩٩- قال: ولو غاب الطالب، وحضر الأصيل، فأقام المحتال عليه بينة عليه أنه كان لفلان عليك ألف درهم، وقد أحلت بها فلانًا عليّ، وقد أديتها، قبلت بينته، وكان له أن يأخذ الذي عليه الأصيل بألف درهم، ويكون ذلك قضاء على الغائب بالاستيفاء؛ لأنه ادعى على الحاضر، وهو الأصيل حق الرجوع بسبب ادعاه على الغائب، وهو الأداء أو الإيفاء، وفي مثل هذا ينتصب الحاضر خصمًا عن الغائب.

١٦٧٠٠- ولو أن شاهدين شهدا على رجل أن فلانًا أحال هذا على هذا بألف درهم، وقالا: نحن لا نعرف الطالب، ولكنه هذا، وقالا: نحن لا نعرف المحتال عليه، لكنه هذا، معنى المسألة أنهما شهدا بالحوالة على رجل بالإشارة إلا أنهما لا يعرفان المشهود له، أو المشهود عليه بالاسم والنسب، فالقاضي يقبل شهادتهما؛ لأنهما شهدا لمعلوم على معلوم؛ لأنهم عرفوا المشهود له والمشهود عليه بالإشارة، والإشارة أبلغ في التعريف.

١٦٧٠١- وإذا ادعى حوالة على رجل، وجحد المدعى عليه، يستحلف، فإن ادعى على آخر يسمع دعواه على الثاني أيضًا؛ لأنه يجوز أن يكون لفلان الواحد حويلان، بأن أحال الرجل بما عليه على رجلين بعقد واحد، فإن حلف المدعى عليه بريء

عن دعوى المحتال له، ويرجع المحتال له على المحيل، وإن نكل لزمه الحوالة، كما لو أقر بها بعد ما جحد، وإذا أدى[1] المال إلى المحتال له، هل يرجع على المحيل، فهذا على وجهين: إن كان المحيل مقراً بالحوالة في هذه الحالة يرجع عليه، وإن زعم المحتال عليه أنه ليس له حق الرجوع، إلا أن المحيل أنشأ الإقرار له بحق الرجوع بعد ذلك، والتكذيب السابق لا يمنع صحة الإقرار بعد ذلك، وإن كان جاحداً للحوالة في هذه الحالة لا يرجع عليه، فإن أقام المحتال عليه في هذه الصورة بينة على المحيل أنه أحاله ما عليّ. فهذا على وجهين: إما إن أنكر الحوالة أصلاً عند دعوى المحتال له بأن قال: ما أحالني فلان علي بهذا المال، أو قال: أحلت[2] بهذا المال، ولا أمرني فلان بقبلك، وفي هذا الوجه لا يسمع بينته، ولو أراد أن يستحلف المحيل على ذلك، بأن لم تكن بينة، لا يستحلف؛ لأنه متناقض في هذه الدعوى على وجه لا يمكن التوفيق؛ لأنه جحد الأمر والحوالة أصلاً، وادعاها بعد ذلك، وإن قال: مالك عليّ حق من جهة الحوالة، واقتصر على هذا، يصح دعواه إذا وفق، ويسمع بينته، ويستحلف المحيل إن لم يكن للمحتال عليه بينة.

ووجه التوفيق أن يقول: أحال بها عليّ وقد كنت أديت قبل دعوى المحتال له، فلم يكن له علي شيء بعد وقت دعواه؛ لأن بالتوفيق على هذا الوجه يرتفع المناقضة، فإن كان المدعي حين ادعى الحوالة وجحد المدعى عليه الحوالة، أقام المدعي بينة على الحوالة، وعلى الأمر من جهة الأصيل، أو أدى، كان له أن يرجع بما أدى على الأصيل، جحد الأصيل الحوالة، والأمر في هذه الحالة، أو أقر بها؛ لأن الأمر بالحوالة ثبت بالبينة، والبينة حجة في حق الناس كافة، وإنكاره في الحوالة لا يمنع الرجوع، وإن زعم أنه لا رجوع له؛ لأنه صار مكذباً في زعمه -والله أعلم-.

---

(١) هكذا في ظ، وف، وكان في الأصل وم "ادعى".

(٢) هكذا في الأصل، وم، وكان في ظ وف: "احتلت".

الفصل التاسع
في المتفرقات

١٦٧٠٢ - وفي "المنتقى"[1]: رجل اشترى شيئًا، وقبضه، وأحال بالثمن على إنسان، ثم إن أجنبيًا قضاه عن المشتري، لم يكن للمحتال عليه أن يرجع بذلك على المشتري، وإن كان قضى عن المحتال عليه، رجع المحتال عليه بذلك على المشتري، ولو قضاه الأجنبي ولم يبين، فالقول قوله، ولو كان غائبًا أو ميتًا، فالقضاء عن المحتال عليه حتى يبين الدافع.

١٦٧٠٣ - وفيه أيضًا: المديون إذا أحال رب الدين على رجل، ثم أحاله بعد ذلك على رجل آخر، فالمال على الآخر، وبرئ الأول.

١٦٧٠٤ - وفيه أيضًا: رجل أحال رجلًا له عليه مال على رجل، ثم إن المحتال عليه أحاله على الذي الأصل عليه، برئ المحتال عليه الأول، وإن توى المال الذي على الأصل، لا يعود المال إلى ذمة المحتال الأول.

١٦٧٠٥ - وفيه أيضًا: رجل له على رجل ألفا درهم، وبأحد الألفين كفيل، ثم إن المطلوب أحال الطالب على رجل بألف درهم، فقال الطالب: أحلتني بالألف التي عليك خاصة، وليس بها كفيل، وقال المطلوب: نويت بها الألف التي كفل بها عني فلان، فالقول قول المطلوب؛ لأن له أن ينوي ذلك ولا يتكلم به، ولو قال: لم يكن لي نية يومئذ، ولكني اليوم أجعلها من الألف التي كفلها فلان عني، فليس له ذلك، والألف التي أحال بها من الألفين جميعًا نصفين.

قال ابن سماعة: وكذلك قياس قول محمد في الألف، ودفعها المطلوب إلى الطالب، وقال: لم أنو شيئًا وقت الدفع، ولكن أجعلها اليوم من الألف التي كفل بها فلان، ولو لم يحل المطلوب الطالب، ولكن الطالب أحال رجلًا على المطلوب بألف كان للرجل على الطالب، فدفعها إليه، فقال الطالب: إنما أحلته عليه بالألف التي ليس

ب كفيل عليك ، فتقول قوته . وكذلك لو كان المال عليه ألف درهم من كفالة رجل ، وألف درهم من كفالة رجل آخر .

١٦٧٠٦ - وفيه أيضاً : إذا قال لغريمه : أحلني على فلان على أنك ضامن لذلك ، فهو جائز ، وله أن يأخذ أيهما شاء ، وهذا بمنزلة الكفالة ، وإذا أحال الرجل رجلاً على رجل بمال عليه على أن المحتال له بالخيار ، فهو جائز ، وللمحتال له الخيار ، إن شاء مضى على الحوالة ، وإن شاء رجع على المحيل ، وكذلك إن أحاله عليه على أن المحتال له متى شاء رجع على المحيل ، فهو جائز ، وللمحتال له الخيار ، يرجع على أيهما شاء .

١٦٧٠٧ - وفيه أيضاً : رجل له على رجل ألف درهم ، وأتاه يتقاضاه ، فقال : كنت أحلتك بها على فلان ، فأنكره الطالب ، فإن القاضي يسأل المطلوب البينة على ما ادعاه من الحوالة ، فإن أقام البينة عليها ، وكان المحتال عليه حاضراً ، قبلت بينته ، وإن كان المحتال عليه غائباً ، فالقاضي يسأل البينة على الطالب أنه قد أحاله على فلان ، فإن أقام البينة على ذلك ، وقف الأمر ، فلم يجعل للطالب سبيلاً على المطلوب ، ولم يبرأ المطلوب عن المال حتى يقدم المحتال عليه ، فإذا قدم وأقر بالحوالة أمر القاضي الطالب باتباعه وإبراء المطلوب ، وإن أنكره كلف المطلوب إعادة البينة بالحوالة ، فإن كانوا غابوا ، أو ماتوا حلف المحتال عليه على الحوالة ، ولو لم يكن للمطلوب بينة على الحوالة ، وسأل يمين الطالب ما احتال على فلان بالمال ، حلف على ذلك .

١٦٧٠٨ - وفي نوادر هشام ، قال : سألت أبا يوسف عن رجل أحال رجلاً بمال على رجل ، فغاب المحتال عليه ، فقال المحتال له : إن صاحبي جحد الحوالة ، لا يصدق ، ولو أقام بينة على جحوده ، لا تقبل بينته ؛ لأن المشهود عليه غائب .

١٦٧٠٩ - وروى أبو سليمان عن أبي يوسف : في رجل باع عبداً من رجل بألف درهم ، فلم يتقابضا حتى أحال البائع غريمه على المشتري بثمن العبد ، ثم مات العبد في يد البائع ، أو فسخ المشتري البيع بعيب فيه بحكم أو بغير حكم ، بطلت الحوالة ، وهذه الرواية تخالف رواية "الأصل" ورواية "الزيادات" ، وقد ذكرنا المسألة قبل هذا .

قال : وإن فسخ البيع بعد القبض بغير حكم ، لم يبطل الحوالة ، ولو رد بحكم الإقرار البائع بعيب ، لا تبطل الحوالة ، وإن أراد هذا المشتري أن يرده على بائعه بذلك

العيب، وقال: بعته وأنا لا أعلم به، فإن أقر بائعه بذلك، أو أبى اليمين فيه، رده عليه، ولم يبطل الحوالة، وإن رده ببينة بطلت الحوالة.

قال: ألا ترى أن رجلاً لو وكل رجلاً ببيع عبده، فباعه، وقبض المشتري العبد، وأحال الموكل غريمه بثمن العبد على المشتري، ثم رده المشتري على الوكيل بعيب، بنكول الوكيل عن اليمين، بطلت الحوالة، ورده الوكيل على الموكل، وإن رده على الوكيل بإقراره، والعيب يحدث مثله، لا يبطل الحوالة، فإذا خاصم الوكيل الآمر، فنكل عن اليمين، فرده لا يبطل الحوالة من قبل أن البيع انتقض قبل نكوله. والحوالة تامة، فلا يبطلها نكوله، ولا إقراره، إلا أن يرده الوكيل على الآمر بالبينة، فتبطل الحوالة.

١٦٧١١ - المحتال له حوالة مقيدة بالثمن الذي للمحيل على المحتال عليه إذا أخذ المال من المحيل بطريق الغصب، وقال: إن المحتال عليه مفلس، فالمحيل هل يرجع على المحتال عليه بالثمن الذي له على المحتال عليه؟ اختلف مشايخ زماننا فيه، قال بعضهم: لا يرجع، وقال بعضهم: يرجع، وهو الصحيح؛ لأن الدين الذي للمحيل على المحتال لم يصر ملكاً للمحتال عليه بالحوالة، بل هو باقٍ على ملك المحيل على ما مر في هذا، إلا أن بالحوالة صار مشغولاً بحق المحتال له، فإذا زال حق المحتال له بأداء المحيل، زال الشاغل، وكان للمحيل أن يرجع عليه بذلك.

١٦٧١٢ - وفي المنتقى: رجل اشترى عبداً بألف درهم، وقبضه، ثم أحال المشتري البائع بالثمن على غريم له من المال الذي له عليه، ثم رد المشتري العبد بعيب بقضاء قاضٍ، فإن القاضي يبطل الحوالة، وإن كان البائع أجل المحتال عليه بذلك، فإن الأجل ينتقض أيضاً إذا كان الرد بحكم، وإن كان الرد بغير حكم لا يبطل الأجل، والمشتري بالخيار، إن شاء أخذ البائع به حالاً، وإن شاء تبع المحتال عليه إلى أجله، وإن كان البائع أبرأ المحتال عليه من المال أو وهبه له، أو اشترى منه ثوباً، وقبضه، ثم رد المشتري العبد بعيب بقضاء أو بغير قضاء، فقد جازت الهبة والإبراء، والبائع ضامن للمال، وكذلك لو مات العبد في يد البائع قبل القبض. وكذلك الاستحقاق بعد القبض، وقد أبرأ البائع المحتال عليه من المال، أو وهبه له، وإن أحال صاحب المال على

غريمه إلى أجل ودينه حال، لم يكن له ذلك من دينه، وله أن يأخذ غريمه حالاً، وهو خلاف جواب الأصل.

١٦٧١٢ - بشر عن أبي يوسف: إذا ضمنت المرأة بصداقها على رجل، أو كفل لها بصداقها رجل، فغاب الزوج، وأقام الكفيل بينة أن النكاح فاسد بوجه من الوجوه، لا تقبل بينته، ولو ادعى أنها أبرأت الزوج، أو أن الزوج أعطاها صداقها، أو باعها بصداقها شيئاً، وقبضت، قبلت بينته، وإذا كان المبيع غير مقبوض، أو كان مقبوضاً وهو قائم بعينه، لا تقبل بينته. وكذا في الكفيل؛ لأن هذا قضاء بالبيع على الزوج، وتجوز الحوالة إلى الحصاد والدياس كالكفالة، وقد مرت مسألة الكفالة في كتاب الكفالة، هذه المسائل كلها من المنتقى.

١٦٧١٣ - قال محمد في «الجامع»: رجل له على رجل مائة درهم دين، ولامرأة على رب الدين مائة درهم أيضاً دين، فأحال الرجل المرأة بدينها على غريمه على أن تأخذ من الدين الذي له عليه، فالحوالة جائزة، وهذه حوالة مقيدة بالدين، قال في الكتاب: ويبرأ الغريم عن دينها، فهذه اللفظة دليل على أن الحوالة توجب براءة الأصيل عن الدين والمطالبة، ولو أن المحتال عليه قضاها المال، أو وهبت المرأة دينها للمحتال عليه برئ هو والمحيل، وسلمت المائة التي كانت على المحتال عليه للمحتال له؛ لأن المحتال عليه ملك الدين الذي في ذمته بالهبة أو بالقضاء، ورجوع المحتال عليه بمثل ما في ذمته بالحوالة، فإذا ملك ثبت له الرجوع، فقد وجب للمحتال عليه على المحيل مائة، وللمحيل على المحتال عليه مثل ذلك، والتقيا قصاصاً؛ فسلمت للمحتال عليه المائة التي كانت للمحيل عليه قبل الحوالة بالمقاصة، ولو لم يكن شيء من ذلك، لكن المرأة أبرأت المحتال عليه من غير قبض منها البراءة، وبرئ المحتال عليه والمحيل من دينها، ورجع المحيل بدينه على المحتال عليه.

١٦٧١٤ - واستشهد في الكتاب لإيضاح هذا، فقال: ألا ترى أنه لو كان لامرأة على رجل دين، وأحال الرجل المرأة بالمال على رجل من غير أن يكون للمحيل على المحتال عليه شيء، فوهبته للمحتال عليه، رجع المحتال عليه بذلك على المحيل، ولو أبرأته لا يرجع؛ لأن في الوجه الأول ملك المحتال عليه ما في ذمته، وفي الوجه الثاني

لا. فكذا فيما تقدم، وقد مر جنس هذه المسألة.

ثم قال في مسألة الكتاب: ولو لم يكن شيء من ذلك، ولكنها أخرت المحتال عليه سنة صح؛ لأن حقها في الذمة الأولى قابل للتأجيل، فكذا في الذمة الثانية؛ لأن تبدل المحيل لا يوجب تبدل الواجب. وليس للمحيل أن يرجع على المحتال عليه؛ لأن الدين الذي كان للمحيل على المحتال عليه، وإن لم يصر ملكاً للمرأة بالحوالة على ما مر، إلا أنه صار مشغولاً بدين المرأة قبل الحوالة به، ودينها بعد التأجيل باق، فكان الشاغل باقياً، فيبقى الشغل، ألا ترى أن حبس الرهن لا يبطل بتأجيل الدين، فكذا شغل الدين لا يبطل بتأجيل الشاغل، فإن أبرأته المرأة بعد التأخير صح، ورجع المحيل على المحتال عليه بدينه؛ لأن بالإبراء زال الشاغل، فزال المانع من الرجوع.

١٦٧١٥ - ولو أنها صالحت المحتال عليه من دراهمها وهي جياد على الزيوف أو النبهرجة، صح الصلح؛ لأنها حطت بعض الحق حين استوفت الزيوف مكان الجياد، وذلك جائز، وسلمت الجياد للمحتال عليه بالمقاصة؛ لأن المحتال عليه ملك الجياد التي أحال بها بما أدى من الزيوف؛ لأن الزيوف تصلح بدلاً عن الجياد، واستوجب الرجوع على المحيل بالجياد، وللمحيل عليه مثله، فوقعت المقاصة.

ولو كان المحيل هو الذي قضى دين المحتال له نبهرجة، أو زيوفاً أو جياداً، رجع على المحتال عليه بما كان له عليه من الجياد؛ لأن المحيل لما قضى دينها بالنبهرجة، فقد قضى الجياد بالنبهرجة، وأنه جائز برضى صاحب الحق، فسقط دينها الذي وجب لها بالحوالة، وزال الشغل عن دين المحيل.

ولو كانت المرأة صالحت المحتال عليه من المائة على خمسين، ونقدها، صح للمحتال عليه من المائة التي كانت للمحيل عليه قبل الحوالة خمسون، ورجع المحيل على المحتال عليه بخمسين؛ لأنها استوفت نصف دينها، وذلك خمسون، وأبرأته عن النصف وذلك خمسون؛ لأن الخمسين لا تصلح بدلاً عن المائة لما فيه من الربا، بخلاف المائة النبهرجة، ولو استوفت جميع حقها ثم يرجع المحيل على المحتال عليه بشيء. ولو أبرأته عن جميع حقها، رجع المحيل على المحتال عليه بجميع دينه، فإذا استوفت البعض وأبرأته عن البعض، كان لكل بعض حكم نفسه.

ولو أن المرأة لم تصالحه ولكن أخرته منه، ثم مات المحيل وعليه ديون كثيرة سوى دين امرأته ولا مال له غير الأمة التي أحال بها المرأة، فالمرأة لا تصير أحق بثمن الأمة، بل يقسم بين غرماء المحيل المرأة من جملتهم، وهذا استحسان، وقد مرّ جنس هذا فيما تقدم، غير أن ما أصاب المرأة يكون مؤجلاً، وما أصاب الغرماء يكون حالاً؛ لأن الغرماء ما رضوا بتأخير حقهم، أما المرأة فقد رضيت بذلك.

إذا مات المحتال عليه، فقال الطالب: توى المال، وقال المحيل: قد أدى، فالقول قول الطالب، وقد مرّ جنس هذا في صدر الكتاب -والله تعالى أعلم-.

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب الدعوى

هذا الكتاب يشتمل على ثلاثين فصلا :

الفصل الأول : في معرفة المدعي والمدعى عليه .

الفصل الثاني : في بيان صحة الدعاوى وبيان ما يسمع منها وما لا يسمع .

الفصل الثالث : في دعوى الملك المطلق في الأعيان .

الفصل الرابع : في دعوى الملك في الأعيان بسبب نحو الشراء والميراث والهبة وما أشبه ذلك .

الفصل الخامس : في دعوى الشراء والبيع .

الفصل السادس : في الاستحقاق وما هو في معنى الاستحقاق .

الفصل السابع : في الدعوى والبينات .

الفصل الثامن : في مقاسمة المدعى بطريق المنازعة والعول .

الفصل التاسع : في دعوى الميراث .

الفصل العاشر : في دعوى الرجل النكاح على المرأة ، وفي دعوى المرأة النكاح على الرجل الآخر .

الفصل الحادي عشر : في الرجلين يدعيان بالأيدي .

الفصل الثاني عشر : في دعوى النتاج .

الفصل الثالث عشر . فيما هو في معنى النتاج .

الفصل الرابع عشر : في دعوى الحائط .

الفصل الخامس عشر : في دعوى الطرق ومسيل الماء والمجاري والساقيات .

الفصل السادس عشر : في القضاء لأحد الخارجين عند ظهور العدالة لشهوده ثم ظهور العدالة لشهود الخارج الآخر ، وإقامة الخارج الآخر شهودا بعد ذلك .

الفصل السابع عشر : في دعوى الدين

الفصل الثامن عشر : في إقرار المدعي ببعض ما قضاه المدعى عليه أو بغير ذلك عن نفسه ، وفي دعوى المدعى عليه لنفسه بعض ما قضى به عليه .

الفصل التاسع عشر : في بيان ما يقع به التناقض في الدعوى وما لا يقع . الفصل العشرون : فيما يبطل دعوى المدعي من قوله أو فعله

الفصل الحادي والعشرون : فيما يكون جوابا من المدعى عليه وما لا يكون وما يكون إقرارا منه وما لا يكون .

الفصل الثاني والعشرون : في بيان من يصلح خصماً ، ومن لا يصلح .

الفصل الثالث والعشرون : في بيان ما يندفع به دعواه وما لا يندفع ، وفيه أنواع وأقسام .

الفصل الرابع والعشرون : في دعوى الوصية وجحود الوارث وإقراره بالوصية لغيره وفي دعوى الغير وجحود الوارث ذلك وإقراره بالوصية .

الفصل الخامس والعشرون : في دعوى الرجلين عبداً في يد آخر ، ودعوى كل واحد الإيداع من صاحب اليد ، وإقرار صاحب اليد لأحدهما

الفصل السادس والعشرون : في دعوى الوكالة والكفالة والحوالة

الفصل السابع والعشرون : في دعوى العتق .

الفصل الثامن والعشرون : في دعوى النسب .

الفصل التاسع والعشرون : في الغرور .

الفصل الثلاثون : في المتفرقات .

الفصل الأول

في معرفة المدعي والمدعى عليه

١٦٧١٦ - ونقول : اختلف العلماء في الحد الفاصل بينهما ، والمروي عن محمد أنك تنظر إلى المنكر منها ، فهو المدعى عليه ، وهذا صحيح ؛ لأن النبي عليه السلام جعل المدعى عليه هو المنكر ، حيث قال : " واليمين على من أنكر "[1] .

فإن قيل : بهذا لا يحصل تمام الحد ، فالإنسان قد يكون مدعيًا ، ويكون اليمين من جانبه كالمودع إذا ادعى الرد . قلنا : المودع بدعوى الرد ينكر الضمان ، والخصومة إنما جرت لأجل الضمان ، فجعل اليمين في جانبه لهذا . وقال بعضهم : المدعي من يحتاج إلى الإثبات والإضافة إلى نفسه ، ولا يكفيه مجرد النفي بأن يقول لغيره : هذا العين ليس لك ، فبهذا القدر لا يصير مدعيًا ، ويحتاج إلى أن يقول : هذا العين لي ، والمدعى عليه من لا يحتاج إلى الإثبات والإضافة إلى نفسه ، بل يكفيه مجرد النفي ، فإن بمجرد قوله للمدعي : هذا العين ليس لك يصير خصمًا ، ويكفيه ذلك من أن يقول : هو لي .

١٦٧١٧ - وبعضهم قالوا : المدعي من يكون مخيرًا بين الخصومة والكف عنها ، وإذا ترك الخصومة يترك ولا يتبع ، والمدعى عليه من لا يكون مخيرًا بين الخصومة والكف عنها ، وإذا ترك الخصومة لا يترك ، بل يتبع ، وبعضهم قالوا : المدعي من يتعدى[2] على غيره بقوله ، والمدعى عليه من يتعدى عليه بقول غيره ، وبعضهم قالوا : المدعي من يدعي ويتمسك بما ليس بثابت ، والمدعى عليه من يتمسك بما هو ثابت . بيانه : فيما إذا ادعى عينًا في يدي إنسان أنه ملكه ، وأنكر ذو اليد دعواه ، وقال : هو ملكي ، فالخارج يسمى مدعيًا ؛ لأنه يدعي ما ليس بثابت له ، وهو الملك في هذا العين ،

---

(١) أخرجه الإمام ابن أبي شيبة في " مصنفه " ٤/ ٣١٥ حديث (٢٠٨٣٤) ، وعبد الرزاق في " مصنفه " ٨/ ٢٧٣ حديث (١٥١٩٠) ، والبيهقي في " الكبرى " ١٠/ ٢٥٢ حديث (٢٠٩٩٠) ، ١٠/ ٢٥٣ حديث (٢٠٩٩٦) ، وابن عبد البر في " التمهيد " ٢٣/ ٢٠٦ ، شرح الزرقاني ٤/ ٢٦٢ ، و" عون المعبود " ١٠/ ٣٥ ، والنووي في " شرح صحيح مسلم " ١٢/ ٣ .

(٢) هكذا في الأصل وف ، وم ، وكان في ظ : " يستعدي " .

وصاحب اليد يسمى مدعى عليه؛ لأنه يتمسك بما هو ثابت له، وهو الملك بظاهر اليد.

فإن قيل: هذا يشكل بالمودع إذا ادعى الرد، والمودع ينكر، فالمودع يكون مدعى عليه حتى يحلف، وقد ادعى ما ليس بثابت، وهو الرد، ورب الوديعة يكون مدعيًا، وقد ادعى ما هو ثابت، وهو عدم الرد.

قلنا: رب الوديعة من حيث المعنى يدعي ما ليس بثابت، وهو شغل ذمة المودع بالضمان، والمودع من حيث المعنى يتمسك بما هو ثابت، وهو براءة ذمته، والعبرة للمعنى، والخصومة وقعت لأجل الضمان.

١٦٧٦٨ - قال محمد في كتاب الدعوى: وإذا كان في يدي رجل دار أو عبد، أو شيء من الأشياء، فادعى رجل ذلك، أنه ملكه بشراء من مالكه، أو بهبة أو صدقة أو وصية أو ميراث أو بوجه من وجوه الملك، أو ادعى عليه دينًا دراهم أو دنانير، أو أشياء من المكيل أو الموزون، أو ما أشبه ذلك، أو ادعى عليه كفالة بمال أو بنفس، أو ادعى عليه بيعًا أو إجارة، فالمنكر هو المدعى عليه، والطالب هو المدعي، فإنه يخرج على العبارات كلها.

ولو كان المدعى عليه أقر بدعوى المدعي إلا أنه ادعى القضاء أو الإبراء في دعوى الدين، أو ادعى الإبراء في دعوى الكفالة بالنفس، أو الكفالة بالمال، أو ادعى الفسخ في الإجارة أو الإقالة في البيع، فالطالب في الدعوى الأولى هو المدعى عليه في هذه الدعوى، والمدعى عليه في الدعوى الأولى هو المدعي في هذه الدعوى، فإنه يخرج على العبارات كلها.

١٦٧٦٩ - قال في كتاب الغصب: رجل غصب ثوبًا أو دابة واستهلكه، وأقام المغصوب منه بينة على قيمته، وأقام الغاصب بينة على قيمته أقل من ذلك، فالبينة بينة المغصوب منه، إما لأن المغصوب منه هو المدعي لما ذكرنا من العبارات، وإما لأن المغصوب منه يثبت زيادة، وينفيها بينة الغاصب، والبينات شرعت في طرف الإثبات لا في طرف النفي، وإن لم يكن لهما بينة، فالقول في الزيادة قول الغاصب مع يمينه؛ لأنه مدعى عليه في الزيادة على العبارات التي ذكرنا، والقول قول المدعى عليه مع اليمين، فإن أقام الغاصب بينة على قيمته، ولا بينة للمغصوب منه، فللمغصوب منه

أن يستحلف الغاصب، ولا يلتفت إلى بينته؛ لأن الغاصب هو المدعى عليه، والذي في جانب المدعى عليه اليمين دون البينة.

وإن قال الغاصب: أنا أرد اليمين على رب الثوب، وأعطيه ما حلف، ورضي به رب الثوب، لا يلتفت إلى قولهما؛ لأن اليمين شرعت في جانب المدعى عليه، وليس إلى العباد تغيير المشروعات. وذكر محمد في كتاب الاستحلاف: رد اليمين إلى المدعي في مسألة، وصورتها: رجل ادعى على رجل أنه غصبه ثوباً، وأقر الغاصب بذلك، واختلفا في قيمة الثوب، فقال المغصوب منه: كانت قيمة ثوبي مائة، وقال الغاصب: لا أدري ما كانت قيمته، ولكن علمت أن قيمته لم يكن مائة، فالقول قول الغاصب مع يمينه؛ لأن المغصوب منه يدعي زيادة قيمة عليه، وهو ينكر، ويجبر الغاصب على البيان؛ لأنه أقر بقيمة مجهولة، فيؤمر بالبيان، وإن لم يخبر بشيء يحلف على ما يدعي المغصوب منه من الزيادة، فإن حلف، ولم يثبت ما ادعاه المغصوب منه [وإن أبى أن يبين][1] أن المغصوب منه يحلف أن قيمة ثوبه مائة، ويأخذ من الغاصب مائة درهم.

١٦٧٣٠ - طعن الحاكم الإمام أبو محمد الكوفي على محمد رحمه الله فيما ذكر أن المغصوب منه يحلف أن قيمة ثوبه مائة، ويأخذ من الغاصب مائة درهم، وقال: المغصوب منه يدعي زيادة القيمة، واليمين لم يشرع حجة للمدعي عندنا، وقال: الجواب الصحيح عندي أن بعد ما أبى الغاصب بيان القيمة فالقاضي يوقفه بين يديه، ويقول له: أكانت قيمة الثوب مائة؟ أكانت خمسون؟ أكانت ثلاثون؟ إلى أن ينتهي إلى أقل ما لا يجوز أن ينقص قيمة الثوب منه في العرف والعادة، فإذا انتهى إلى ذلك ألزمه ذلك، وجعل القول قوله في الزيادة مع يمينه، وجعل الجواب فيه نظير الجواب فيما إذا أقر بحق مجهول في عين في يديه، وأبى أن يبين مقداره، فالقاضي يوقفه بين يديه، ويسمي السهام حتى ينتهي إلى أقل السهام الذي يقصد بالملك عادة، فيلزمه ذلك، فيجعل القول في الزيادة قوله مع يمينه.

ومنهم من اشتغل بتصحيح ما ذكر في الكتاب، ووجه ذلك أن الإقرار بالمجهول صحيح، وقطع الخصومة وإيصال المقر له إلى حقه واجب، وتعذر إيصال المقر له إلى

(١) هكذا في الأصل و ف ، م ، وكان في ظ: بينة عدل.

حقه بالطريق الذي قلتم؛ لأن موضوع المسألة أنه أقر بغصب ثوب، والثياب أجناس، فالقاضي لا يدري أن هذا أقل ما يصلح أن يكون قيمة الثوب؛ لأن ما من ثوب من جنس هو أقل ذلك الجنس إلا وثوب آخر من جنس آخر يكون أقل منه، بخلاف المسألة التي استشهد بها؛ لأن أقل المقدار الذي يقصد بالتملك معلوم من حيث العادة، فأمكن للقاضي إلزام المقر ذلك، أما ههنا بخلافه، ولا وجه إلى أن يقضي بمائة درهم، كما يدعيه المغصوب منه؛ لأن الغاصب حلف على ذلك، فلم يبق للقاضي طريق قطع الخصومة، وإيصال المقر له إلى حقه إلا ما قلنا

وما يقول: بأن يمين المغصوب منه يمين المدعي، قلنا: يمينه يمين المدعي من وجه من حيث إنه يدعي أن قيمة الثوب مائة، ولم يثبت ذلك لما أنكر الغاصب ذلك، ويمين المدعى عليه من وجه من حيث إن أصل الاستحقاق ثابت بإقرار الغاصب، فإن الإقرار بقيمة مجهولة صحيح، وإنما الحاجة إلى فصل الخصومة، واليمين شرعت لفصل الخصومة، فكانت بمنزلة يمين المدعى عليه من هذا الوجه، ويمين المدعى عليه من كل وجه مما يجوز أن يفصل بها الخصومة، فكذا يمين المدعي عليه من وجه، وهذه المسألة لا توجد إلا في كتاب الاستحلاف، وهي من الغرائب، فيجب حفظها - والله أعلم -.

الفصل الثاني

في بيان صحة الدعاوى وما يسمع منها وما لا يسمع

١٦٧٢١- يجب أن يعلم بأن الدعوى لا تخلو إما أن يقع في العين أو في الدين، فإن وقع في الدين فإن كان المدعي مكيلاً فإنما تصح الدعوى إذا ذكر المدعي جنسه أنه حنطة أو شعير، وبعدما ذكر الجنس بأن ذكر أنه حنطة يذكر مع ذلك نوعها أنها سقية، أو برية، أو خريفية، أو ربيعية، ويذكر مع ذلك صفتها أنها جيدة أو وسطة أو رديئة، كندم سبيده او كندم سرخه، ويذكر قدرها بالكيل، فيقول كذا قفيزاً؛ لأن التقدير في الحنطة بالكيل، ويذكر بقفيز كذا؛ لأن القفزان تتفاوت في ذاتها، ويذكر سبب الوجوب؛ لأن أحكام الديون تختلف باختلاف أسبابها، فإنه إذا كان بسبب السلم يحتاج فيه إلى بيان مكان الإيفاء ليقع التحرز عن الاختلاف، ولا يجوز الاستبدال به قبل القبض، وإن كان من ثمن بيع يجوز الاستبدال به قبل القبض، ولا يشترط فيه بيان مكان الإيفاء، وإن كان من قرض لا يجوز التأجيل فيه يعني أنه لا يلزم.

١٦٧٢٢- ويذكر في السلم سائر شرائط صحته من إعلام جنس رأس المال ونوعه وصفته وقدره بالوزن إذا كان رأس المال وزنياً، وانتقاده في المجلس حتى يصح عند أبي حنيفة رضي الله عنه، وتمام ذلك على ما عرف في كتاب البيوع.

وفي الواقعات: بسبب السلم الصحيح، ولم يبين شرائط صحة السلم، كان القاضي الإمام شمس الإسلام محمود الأوزجندي يفتي بصحة الدعوى، وغيره من المشايخ كانوا لا يفتون بصحته؛ لأن للسلم شرائط كثيرة لا يقف عليها إلا الخواص من الناس، وربما يظن المدعي صحته ولا يكون صحيحاً في نفسه.

١٦٧٢٣- وفي دعوى الثمن إذا قال: بسبب بيع صحيح أنه يدعي على آخر ألف درهم بسبب بيع صحيح جرى بينهما في جارية قد سلمها إليه، صح الدعوى بلا خلاف، إذ ليس للبيع شرائط كثيرة تخفى على العامة، وعلى هذا في كل سبب له شرائط كثيرة يشترط بيان الشرائط لصحة الدعوى عند عامة المشايخ، ولا يكتفى بقوله

بسبب كذا صحيح ، وإن لم يكن له شرائط كثيرة يكتفى بقوله : بسبب كذا صحيح ، ويذكر في القرض القبض ، وصرف المستقرض ذلك إلى حاجة نفسه ليصير دينًا عليه بالإجماع ؛ لأن عند أبي يوسف المستقرض لا يصير دينًا في ذمة المستقرض إلا بصرفه إلى حاجة نفسه ، وكذلك يذكر في دعوى القرض أنه أقرضه كذا من مال نفسه لجواز أن يكون وكيلًا في الإقراض ، والوكيل في الإقراض سفير ومعبّر ، فلا يصير ذلك دينًا له في ذمة المستقرض ، ولا يثبت له حق المطالبة بالأداء ، وإن كان المدعى به وزنيًا . فإنما تصح الدعوى إذا بيّن الجنس : بأن قال : ذهب أو فضة ؛ فإن بيّن الجنس بأن قال : ذهب فإن كان مضروبًا يقول : كذا دينارًا ويذكر نوعه أنه بخاري الضرب أو نيسابوري الضرب ، أو ما أشبه ذلك .

قالوا : وينبغي أن يذكر صفته أنه جيد ، أو وسط ، أو رديء ، فاعلم بأن هذه الدعوى إن كان بسبب البيع فلا حاجة إلى ذكر الصفة إذا كان في البلد نقد واحد ظاهر معروف ؛ لأن مطلق البيع ينصرف إلى نقد البلد ، ويصير ذلك كالملفوظ في الدعوى . فلا يشترط البيان إلا إذا كان قد مضى من وقت البيع إلى وقت الخصومة زمان طويل بحيث لا يعلم نقد البلد في ذلك الوقت ، فحينئذ لابد من بيان أن نقد البلد في ذلك الوقت كيف كان ، وبيان صفته ؛ بحيث يقع المعرفة من كل وجه ، وإن كان في البلد نقود مختلفة ، والكل في الرواج على السواء ، ولا صرف لبعض على البعض ، يجوز البيع ، ويعطي المشتري البائع أي النقدين شاء ، إلا إن هذه الدعوى لابد من تعيين أحدهما ، وإن كان الكل في الرواج على السواء ، ولبعض صرف على البعض ، كما كانت الغطريفية والعدالية في ديارنا ، قيل[١] : هذا لا يجوز البيع إلا بعد بيانه ، وكذا لا تصح الدعوى من غير بيانه ، وإن كان أحد النقدين أروج وللآخر فضل ، فالعقد جائز ، وينصرف إلى الأروج ؛ ويصير ذلك كالملفوظ في الدعوى ، فلا حاجة إلى البيان إلا إذا كان قد مضى زمان طويل من وقت العقد إلى وقت الخصومة بحيث لا يعلم الأروج وقت العقد على نحو ما بينا قبل هذا ، وإن كان هذا الدعوى بسبب القرض والاستهلاك ، فلابد من بيان الصفة على كل حال ، وعند ذكر النيسابوري أو البخاري لا حاجة إلى ذكر الأحمر ؛ لأن النيسابوري لا يكون إلا أحمر ، وكذا البخاري لا يكون إلا

(١) وكان في ظ : قبل .

أحمر ، ولابد من ذكر الجيد عليه عامة المشايخ ؛ لأن بذكر النيسابوري لايثبت ذكر الجيد؛ لأن النيسابوري ما يكون مضروبًا في نيسابور أو ما يكون عليه سكة نيسابور ، وما يكون مضروبًا في نيسابور ، أو يكون عليه سكة نيسابور قد يكون جيدًا ، وقد لا يكون.

وفي «فتاوى النسفي» : إذا ذكر أحمر خالص ، ولم يذكر الجيد كفاه ، ولابد من ذكره أنه من ضرب أي والي عند بعض المشايخ ؛ لأن في مضروب الولاة تفاوتا ، وبعض مشايخنا لم يشترطوا ذلك؛ فإنه أوسع ، والأول أحوط ، وإن ذكر كذا دينارًا نيسابورية منتقدة وبفارسيته: سره كرده ، ولم يذكر الجيد ، فقد اختلف المشايخ فيه ، قال بعضهم : لابد من ذكر الجيد مع ذلك ؛ لأن منتقدة قد يكون جيدة ، قد يكون رديئة ، وقال بعضهم: لا حاجة إلى ذكر الجيد مع ذلك ، وهو الصحيح ، ولو ذكر الجيد ولم يذكر المنتقدة فالدعوى صحيح ؛ لأن الجيد لابد وأن يكون منتقدًا ، فأما المنتقدة قد يكون جيدًا وقد يكون رديئًا ، وإن لم يكن الذهب مضروبًا لا يذكر في الدعوى كذا دينارًا ، وإنما يذكر كذا مثقالا ، فإن كان خالصًا من الغش، يذكر ذلك وإن كان فيه غش يذكر ذلك نحو أو ما أشبه ذلك ، وإن كان المدعي به نقرة وكان مضروبًا ذكر نوعها ، وهو ما يضاف إليها ، وصفتها أنها جيدة ، أو وسطة أو رديئة ، ويذكر قدرها أنه كذا درهمًا وزن سبعة مثاقيل ؛ لأن وزن الدراهم يختلف باختلاف البلدان ، والذي في ديارنا وزن سبعة وهو الذي كل عشرة منها بوزن سبعة ، وإن كانت الفضة غير مضروبة إن كانت خالية عن الغش ، يذكر كذا فضة خالصة خالية عن الغش ، ويذكر نوعها نقرة كليجة أو نقرة طغاجي ، ويذكر صفتها أنها جيدة أو وسطة أو رديئة ، ويذكر قدرها كذا درهمًا.

وقيل : إذا ذكر كذا طغاجي كفاه ، ولا حاجة إلى ذكر الجيد ، وإن كان المدعى به دراهم مضروبة ، والغش فيها غالب ، إن كان تعامل بها وزنًا يذكر نوعها وصفتها ومقدار وزنها ، وإن كان تعامل بها عددًا يذكر عددها

١٦٧٢٤ وإذا ادعى الحنطة أو الشعير بالمن ، وبين أوصافه ، فقد قيل لا يصح هذا الدعوى ؛ لأن المدعى مجهول ؛ لأن المقدار في الحنطة أو الشعير بالكيل إنما عرف بالحدث المعروف ، وقيل : لا ، بل الدعوى صحيح ؛ لأن الكيل في الحنطة والشعير إنما عرف مقدارًا عند المقابلة بالجنس ، ولهذا جاز بيع الحنطة موازنة بالدراهم ، ففي الدعوى

يحمل على بيع عين من الأعيان بحنطة في الذمة

والمختار للفتوى أن يسأل المدعي عن دعواه، فإن ادعاه بسبب القرض أو بسبب الاستهلاك، لا يفتى بالصحة؛ لأن كل ذلك مضمون بالمثل، وإن ادعاه بسبب بيع عين من الأعيان بحنطة في الذمة، أو بسبب السلم، يفتى بالصحة، وإذا ادعاه مكايلة حتى صح الدعوى بلا خلاف، وأقام البينة على إقرار المدعى عليه بالحنطة، أو الشعير، ولم يذكر الصفة في إقراره، قبلت البينة في حق الجبر على البيان، لا في حق الجبر على الأداء.

١٦٧٢٥- وإذا ادعى الدقيق بالقفيز لا يصح؛ لأن المدعى مجهول؛ لأن القدر في الدقيق الوزن دون القفيز؛ لأن الدقيق ينكبس بالكبس، بخلاف الحنطة، وإذا ذكر الوزن حتى صح الدعوى لابد وأن يذكر حنطة بادر شته، ويذكر مع ذلك ويخته يا نا ويخته، ويذكر مع ذلك أنه جيد أو وسط، أو رديء، وأما إذا وقع الدعوى في العين فإن كان المدعى به منقولا وهو هالك، ففي الحقيقة الدعوى في الدين، فيشترط بيان القدر والجنس والنوع والصفة، كما في سائر الديون، هذا هو المذكور في الكتب المشهورة.

١٦٧٢٦- قال رضي الله تعالى عنه: وكتبت في الشهادات من هذا المجموع عن فتاوى أبي الليث: أن من ادعى على آخر أنه استهلك دوابا له عددًا معلومًا، وأقام على ذلك بينة، ينبغي للمدعي أن يبين الذكر أو الأنثى، وينبغي للشهود أيضًا أن يبينوا ذلك، وإن لم يبينوا ذلك.

قال الفقيه أبو بكر رضي الله عنه: أخاف أن يبطل الشهادة ولا يقضي للمدعي بشيء من دعواه، وإن يبينوا الذكور والإناث، جازت شهادتهم، ولا يحتاج إلى ذكر اللون؛ لأن باختلاف اللون لا تختلف المنافع، ولا يصير المشهود به مختلفا، ولا كذلك الذكورة والأنوثة، قيل: اشتراط ذكر الذكورة والأنوثة في هذه الصورة مستقيم خصوصًا على أصل أبي حنيفة؛ لأن القضاء بالقيمة عنده بناء على القضاء بملك المستهلك؛ لأن حق المالك باق في العين المستهلك على أصله، وإنما ينتقل الحق إلى القيمة بقبض القيمة، أو بقضاء القاضي بالقيمة حتى قال: يجوز الصلح عن العين

المغصوب المستهلك على أكثر من قيمته، وإن كان القضاء بالقيمة بناء على القضاء بملك المستهلك، لابد من بيان المستهلك في الدعوى والشهادة ليعلم القاضي أنه بماذا يقضي، وبعد ذلك يقول مع ذكر الأنوثة والذكورة لابد من ذكر النوع، بأن يقول: فرس أو حمار، أو ما أشبه ذلك، ولا يكتفى بذكر اسم الدابة؛ لأنها مجهولة النوع، ولا يحتاج إلى ذكر اللون كما في الوكالة.

ومن المشايخ من أبى ذكر الأنوثة والذكورة، وقال: المقصود من دعوى الدابة المستهلكة القيمة، والمدعي والشهود لا يستغنون عن بيان القيمة والشهادة على القيمة مقبولة، وكذلك دعوى القيمة مسموعة، فلا حاجة إلى بيان الذكورة والأنوثة، كما في اللون، ألا ترى أن من ادعى على آخر مالاً مقدراً، وشهد الشهود له بذلك، فسألهم القاضي عن السبب، فقالوا: استهلك عليه دابة، فالقاضي يقبل ذلك منهم، وطريقه ما قلنا، وكذلك الرجلان إذا ادعيا نكاح امرأة ميتة، وأقاما البينة، فالقاضي يقضي لهما بالميراث، والقضاء بالنكاح لرجلين على امرأة واحدة متعذر، ولكن طريق القبول أن صح المقصود من دعوى النكاح بعد الموت دعوى الميراث، ولا تنافي في الميراث، فيقضى لهما بالميراث لهذا، والأول أصح.

ووجه الفرق بين هذه المسألة وبين مسألة دعوى النكاح أن دعوى النكاح من كل واحد من المدعيين صحيح، والشهادة من كل فريق من الشهود أيضاً صحيحة، إلا أن في حالة الحياة لا يقضى بالنكاح؛ لأن المقصود من النكاح حالة الحياة الحل، وأنه لا يقبل الشركة، فلم يقض بالنكاح في حالة الحياة لهذا المعنى، لا لخلل في الدعوى والشهادة، أما بعد الموت المقصود هو الميراث والقضاء بالميراث لهما ممكن، فقضينا، أما في مسألتنا الدعوى لم تصح، وكذلك الشهادة؛ لأن المدعي ادعى ملك التالف، والشهود شهدوا بملك التالف أيضاً، والقاضي يقضي بملك التالف أولاً ثم يقضي بالقيمة بناء على ذلك، والقضاء بالمجهول لا يصح، فلا يقضي، وفيما إذا ادعى مالاً مقدراً وشهد الشهود بذلك وبينوا السبب استهلاك الدابة يقول: بأن القاضي لا يقضي بشهادتهم إذا لم يبينوا النوع، ولم يبينوا الصفة الذكورة أو الأنوثة مع ذلك.

هذا إذا كان المدعى منقولاً، وهو هالك، فأما إذا كان المنقول قائماً، فإن أمكن

إحضاره مجلس الحكم، فالقاضي لا يسمع دعوى المدعي، ولا شهادة شهوده إلا بعد إحضار ما وقع فيه الدعوى مجلس الحكم، حتى يشير إليه المدعي والشهود لتنقطع الشركة بين المدعى به وغيره من كل وجه، وهذا لأن إعلام المدعى به والمشهود به على وجه ينقطع الشركة بينه وبين غيره من كل وجه شرط سماع الدعوى والبينة إذا أمكن الإعلام على هذا الوجه، والإعلام على هذا الوجه في المنقول الذي يمكن إحضاره مجلس الحكم ممكن بإحضاره مجلس الحكم، فيشترط إحضاره.

قال شمس الأئمة الحلواني: ومن المنقولات ما لا يمكن إحضاره عند القاضي كالصبرة من الطعام والقطيع من الغنم، والقاضي فيه بالخيار، إن شاء حضر ذلك الموضع لو تيسر له ذلك، وإن كان لا يتهيأ له الحضور، وكان مأذونًا بالاستخلاف يبعث خليفته إلى ذلك الموضع.

قال محمد: وهو نظير ما إذا كان القاضي يجلس في داره ووقع الدعوى في جمل ولا يسع باب داره، فإنه يخرج إلى باب داره، أو يأمر نائبه حتى يخرج فيشير إليه الشهود بحضرته، وفي القدوري: إذا كان المنقول المدعى به شيئًا يتعذر نقلها كالرحى فالحاكم بالخيار، إن شاء حضرها، وإن شاء بعث أمينًا.

١٦٧٢٧ - وإن وقع الدعوى في عين غائب لا يعرف مكانه، بأن ادعى رجل على رجل أنه غصب منه ثوبًا أو جارية، لا يدري أنه قائم أو هالك، فإن بين الجنس والصفة والقيمة، فدعواه مسموعة، وبينته مقبولة، وإن لم يبين القيمة أشار في عامة الكتب إلى أنها مسموعة، فإنه ذكر في كتاب الرهن: أنه إذا ادعى رجل على رجل أنه رهن عنده ثوبًا، وهو ينكر، قال: يسمع دعواه.

وقال في كتاب الغصب: رجل ادعى على غيره أنه غصب منه جارية، وأقام بينة على ما ادعى يسمع دعواه، ويسمع بينته، بعض مشايخنا، قالوا: إنما يسمع دعواه إذا ذكر القيمة، وهذا القائل يقول: تأويل ما ذكر في الكتاب هذا، وكان الفقيه أبو بكر الأعمش يقول: تأويل ما ذكر في الكتاب: أن الشهود شهدوا على إقرار المدعى عليه بالغصب، فيثبت غصب الجارية بإقراره في حق الحبس والقضاء جميعًا، قال شمس الأئمة الحلواني: وعامة المشايخ على أن هذه الدعوى صحيحة، والبينة مقبولة، ولكن

في حق الحبس، وإطلاق محمد في الكتاب يدل عليه، قال الشيخ الإمام الزاهد فخر الإسلام علي البزدوي: إذا كانت المسألة مختلفة، ينبغي للقاضي أن يكلف المدعي بيان القيمة، فإذا كلفه، ولم يبين يسمع دعواه، وهذا لأن الإنسان قد لا يعرف قيمة ماله، فلو كلفه بيان القيمة فيه فقد أضر به، إذ يتعذر عليه الوصول إلى حقه. وإذا سقط بيان القيمة من المدعي سقط من الشهود من الطريق الأولى، وتمام المسألة مرت في كتاب الغصب.

١٦٧٢٨ - وإن وقع الدعوى في العقار، فلابد من ذكر البلدة التي فيها الدار المدعى به، ثم من ذكر المحلة، ثم من ذكر السكة، يبدأ بالأعم وهو البلد، ثم بالأخص، وهذا فصل اختلف فيه أهل الشروط، قال بعضهم: يبدأ بالأعم، وقال بعضهم: بالأخص، وعند أهل العلم له الخيار، إن شاء بدأ بالأعم، وإن شاء بالأخص؛ لأن المقصود هو التعريف، والتعريف حاصل بالكل، ولابد من ذكر حدود الدار بعد هذا. قال جماعة من أهل الشروط: ينبغي أن يذكر في الحدود لزيق دار فلان، ولا يذكر دار فلان؛ لأنه حينئذ يصير دار فلان مدعى به؛ لأن الحد يدخل في المحدود، وعندنا كلا اللفظين على السواء، أيهما ذكر فهو حسن؛ لأن المقصود تعريف الدار المدعى به باتصالها بدار فلان، وإنه حاصل باللفظين جميعًا، ومن يقول: بأن الحد يدخل في المحدود ليس كذلك؛ لأن الحد غاية، والغاية لا تدخل تحت المضروب له الغاية.

وإن ذكر حدين، لا يكتفي في ظاهر الرواية عند أصحابنا، وإن ذكر ثلاثة حدود كفاه، وكذلك في الشهادة إذا ذكر الشهود ثلاثة حدود، قبلت شهادتهم، وكيف يحكم بالحد الرابع في هذه الصورة. قال الخصاف رحمه الله في وقفه: جعل الحد الرابع بإزاء الحد الثالث حتى ينتهي إلى مبدأ الحد الأول، أي بإزاء الحد الأول.

١٦٧٢٩ - وإذا ادعى على آخر مائة عدلية غصبًا، وهي منقطعة عن أيدي الناس يوم الدعوى، ينبغي أن يدعي قيمته، فالمغصوب إذا كان مثليًا، وقد انقطع عن أيدي الناس، يجب على الغاصب قيمته غير أن عند أبي حنيفة يعتبر القيمة يوم الدعوى والخصومة، وعند أبي يوسف: يوم الغصب، وعند محمد: يوم الانقطاع.

ولابد من بيان سبب وجوب الدراهم في هذه الصورة؛ لأنها لو كانت ثمن مبيع،

فبالانقطاع قبل القبض يفسد العقد عند أبي حنيفة رحمه الله، ويجب على المشتري رد المبيع إن كان قبض المبيع، والمبيع قائم على حاله في يده، وإن كان هالكاً أو مستهلكاً، يجب على المشتري رد قيمة المبيع إذا لم يكن مثلياً، ورد مثله إن كان مثلياً، وإن كان بسبب القرض أو الغصب أو الصلح، فلابد من بيان سبب وجوبها. فيستفسر منه لأية دعوى القيمة؟

١٦٧٣٠ - وإذا ادعى على غيره مقداراً معلوماً من العنب، فهذا على وجهين: إما أن يكون العنب المدعى به عيناً أو ديناً، فإن كان عيناً، فإنه يسمع الدعوى بحضرته عند الإشارة إليه، فلا يشترط بيان الصفة والوزن والنوع، وإن كان ديناً، فإن كان الدعوى في أوانه، فلابد من بيان القدر والنوع والصفة، فيقول: أو دعوى العنكور علافر أو دعوى العنكور طائفي أبيض، طائفي أسود، أو ما أشبه ذلك فيبانه بأنه ما سمعت، وإن كان بعد انقطاعه، فالقاضي يقول: ماذا تريد من العنب في الحال أو قيمته؟ فإن قال: عين العنب فالقاضي لا يسمع دعواه؛ لأنه إن كان ثمن مبيع يفسد البيع بانقطاعه قبل التسليم، ولا يبقى للبائع حق المطالبة بالعنب، بل يجب على المشتري رد المبيع إن كان قائماً، ورد قيمته إن كان مستهلكاً، وإن كان دعوى العنب بسبب السلم أو القرض أو الاستهلاك، فبسبب الانقطاع إن كان لا يسقط ذلك عن ذمة من عليه، ولكن لا يطالبه صاحب الحق بعين العنب في الحال لعجزه عن ذلك، بل يتأخر إلى أن يجيء حتى يدخل أوانه، ويطالبه بعين العنب، وإن شاء أخذ منه القيمة في الحال. فإذاً في الأحوال كلها لا مطالبة للمدعي بعين العنب، فلا يستقيم منه دعوى عين العنب.

وإن قال: أريد القيمة، فالقاضي يأمره ببيان سبب وجوب العنب؛ لأن العنب إن كان ثمن مبيع ينفسخ العقد بهلاكه قبل التسليم ويسقط العنب عن ذمة المشتري، فكيف يطالبه بقيمة العنب، وإن كان بسبب السلم أو الاستهلاك أو القرض، فبالانقطاع لا يسقط ذلك عن ذمة المدعى عليه، فيستقيم المطالبة بقيمته في الحال إذا كان لا يصبر دخول أوانه.

قال مولانا رضي الله عنه: هذه المسألة مسموعة عن الشيخ الإمام الأجل ظهير الدين المرغيناني رحمه الله حكاها عن أستاذه رضي الله عنه، وما ذكر أن العنب إن

كان ثمن المبيع، فما لا ينقطع في السلم ينتقض العقد ولا يبقى للبائع حق المطالبة بتسليم عين العنب ليس بصحيح، فقد ذكر شيخ الإسلام خواهر زاده رحمه الله في شرح كتاب الصرف في صحيح مسألة صورتها: رجل اشترى من آخر مائة فلس بدرهم، ونقد الدرهم، ولم يقبض شيئًا من الفلوس حتى كسدت الفلوس، فالقياس أن لا ينتقض العقد، ويتخير المشتري، إن شاء قبضها كذلك، وإن شاء فسخ العقد وأخذ الدراهم، وفي الاستحسان: ينتقض العقد، أن من اشترى من آخر شيئًا بقفيز رطب في الذمة، ثم انقطع أوان الرطب أن العقد لا ينتقض، وذكر أيضًا: أن من اشترى شيئًا بقفيز رطب، والرطب منقطع عن أيدي الناس، يجوز، وهذا بخلاف ما لو اشترى شيئًا بدراهم أو فلوس، ثم انقطع الدراهم أو الفلوس من أيدي الناس قبل القبض حيث ينتقض البيع عند أبي حنيفة، وهو قول محمد على رواية كتاب الصرف؛ لأن في الرطب العود ثابت من غير صنع من العباد، ولا كذلك في الدراهم، وفي دعوى مال الإجارة بفسخ بموت الآجر إذا كانت الأجرة دراهم أو عدالي ينبغي أن يذكر كذا دراهم كذا عدالي رائجة من وقت العقد إلى وقت الفسخ، لأنها إذا كسدت فيما بين ذلك فسد الإجارة كالبيع الثمين.

وإذا ادعى نوعين من العنب، بأن ادعى ألف من العنب العلائي والورجني[1] الحلو الوسط، لابد وأن يقول من العلائي كذا والورجني كذا؛ لأن بدون ذلك القاضي لا يدري أنه بأي قدر يقضي من كل نوع.

ادعى على آخر مقدارًا من اللحم، بأن ادعى مثلاً خمسة عشر منا خمسة أمنا لحم اليد، وخمسة أمنا لحم الرجل، وخمسة أمنا لحم الجنب، فلابد وأن يبين السبب؛ لأنه يجوز أن يدعي ذلك بسبب السلم، وفي صحة السلم في اللحم خلاف معروف بين أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد، ويجوز أن يدعيه بسبب الاستهلاك، وفي استهلاك اللحم خلاف بين المشايخ.

قال بعضهم: يوجب القيمة، وإليه أشار محمد في بعض الكتب، وقال بعضهم: يوجب المثل، وإليه أشار في بعض الكتب، فلهذا يحتاج إلى بيان السبب فيه، فإن بين

(١) هكذا في ظ وب وم، وكذا في الأصل: ألف من من العنب العلائي وألف من من الحلو الوسط.

الثمنية بأن قال: بعت منه عرضًا بكذا وكذا منا من اللحم، وبيّن أوصافه وموضعه صح دعواه بناء على أن المكيل والموزون إذا قوبل بعرض واستعمل استعمال الثمن، فهو ثمن.

١٦٧٣١ - وإذا ادعى على آخر أنه غصب منه كذا قفيز حنطة، وبيّن الشرائط لابد وأن يذكر مكان الغصب، وسيأتي ذلك بتمامه في المحاضر.

١٦٧٣٢ - ادعى على آخر أنه باع من فلان مائة من الشحم الأبيض بكذا، وسلم الشحم إليه، وقبض الثمن بتمامه، وأن الشحم المبيع كان مشتركًا بيني وبين البائع هذا، وأني قد أجزت البيع حين وصل إلى خبر البيع، فواجب عليه تسليم نصف الثمن إليّ، فهذا الدعوى لا يصح؛ لأنه لم يذكر في الدعوى أن الشحم كان قائمًا في يد المشتري وقت الإجازة، ولابد من ذلك؛ لأن بدون ذلك لا يعمل إجازة الشريك، ولأنه لم يذكر رواج الثمن وقت الإجازة، ولابد من ذلك، فإنه لو صار كاسدًا قبل الإجازة لا يعمل الإجازة؛ كما لا يجوز ابتداء البيع به.

وكذلك لو ذكر قيام الشحم ورواج الثمن وقت الإجازة للمبيع إلا أنه لم يذكر في دعواه قبض البائع الثمن من المشتري، لا يصح دعوى تسليم بعض الثمن؛ لأن الإجازة في الانتهاء كالإذن في الابتداء، ولو أذن له في الابتداء بالبيع ما لم يقبض البائع من المشتري، لا يطالب البائع بتسليم الثمن إلى الشريك، فالوكيل بالبيع لا يطالب بتسليم الثمن قبل أخذ الثمن من المالك. كذا هذا.

١٦٧٣٣ - ادعى على آخر[1] من كذا، فاعلم بأن دعوى الخبز لا يصح إلا بعد بيان السبب؛ لأن السلم في الخبز لا يجوز عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله، لا وزنًا ولا عددًا، وعند أبي يوسف: يجوز وزنًا، وفي الاستقراض خلاف أيضًا على قول أبي حنيفة: لا يجوز لا عددًا ولا وزنًا، وقال محمد: يجوز عددًا، وقال أبو يوسف: يجوز وزنًا لا عددًا، وبالاستهلاك يجب قيمة الخبز لا عين الخبز، فلابد من بيان السبب، فإن بيّن أنه من ثمن المبيع يصح الدعوى، ولكن ينبغي أن يذكر في الدعوى الكعك لتخذ من الدقيق المغسول أو غير المغسول، وكذا ينبغي أن يذكر أنه أبيض أو وجهه ملطخ

---

(١) هكذا في ظ و ف وم، وكان في الأصل: على آخر منا من كعك.

قال الشيخ الإمام الأجل شمس الأئمة الحلواني: ما وقع في بعض النسخ: إنه يقبل البينة محمول على ما إذا شهدوا على إقرار صاحب الدار؛ لأن جهالة المقر به لا يمنع صحة الإقرار، وما وقع في بعض النسخ أنه لا يقبل البينة محمول على ما إذا شهدوا على نفس المسيل، والطريق لا على إقرار المدعى عليه، وسيأتي هذه المسائل في فصل على حدة -إن شاء الله تعالى-.

١٦٧٤٢ - وإذا ادعى على آخر أنه شق في أرضه نهراً، أو ساق الماء فيه إلى أرضه، لابد من أن يسمي الأرض التي شق فيها النهر، ويبين موضع النهر أن هذا النهر من الجانب الأيمن من هذه الأرض، أو من الجانب الأيسر، ويبين قدر طول النهر وعرضه.

١٦٧٤٣ - وإذا ادعى على آخر ثلاثة أسهم من عشرة أسهم من دار، وقال: هذه الأسهم الثلاثة من العشرة الأسهم من الدار المحدودة ملكي وحقي، وفي يد هذا المدعى عليه بغير حق، ولم يذكر أن جميع هذه الدار في يده، وكذلك لم يشهد الشهود أن جميع هذه الدار في يد هذا المدعى عليه، فهذا الدعوى صحيح، وهذه الشهادة مقبولة. ادعى مالاً معلوماً على غيره، وقال في دعواه: مرا از فلان آونذى مالي مى بايد كرفت[1] بسبب حسابي كه ميان من واويرد، فهذا الدعوى بهذا السبب لا يصح؛ لأن هذا السبب لا يصلح سبباً لوجوب المال.

١٦٧٤٤ - سئل القاضي الإمام شمس الإسلام محمود الأوزجندي عمن ادعى على آخر عيناً في يده، وقال: كان هذا ملك أبي مات وتركه ميراثاً لي ولفلان، وسمى عدد الورثة إلا أنه لم يبين حصة نفسه، فهذا الدعوى صحيح منه، وإذا أقام البينة على دعواه، سمعت بينته، ولكن إذا أتى الأمر إلى المطالبة بالتسليم لابد وأن يبين حصته؛ لأنه لا يمكنه المطالبة بالتسليم إلا بقدر حصته، فيبين حصته عند ذلك، ولو كان بين حصته ولم يبين عدد الورثة، بأن قال: مات أبي وترك هذا العين ميراثاً لي ولجماعة سواي، وحصتي منه كذا، وطالبه بتسليم ذلك، لا يصح منه الدعوى، ولابد من بيان عدد الورثة؛ لجواز أنه لو بيّن كان نصيبه أنقص مما سمى.

---

(١) وفي: از فلان مالي مى بايد كرفت.

١٦٧٤٥ - عبد باع عيناً من الأعيان بحضرة المولى، ثم إن المولى ادعى ذلك العين لنفسه، فإن كان العبد مأذوناً، لا يصح دعوى المولى، وإن كان محجوراً يصح دعواه.

فإن قيل: أليس أن المولى صار آذناً له لما رآه أنه باع ولم ينهه.

قلنا: نعم، ولكن أثر الإذن إنما يظهر في المستقبل، لا في التصرف المباشر، عرف ذلك في كتاب المأذون الكبير.

١٦٧٤٦ - رجل ادعى على رجل أنه باع عبداً مشتركاً بينه وبيني من فلان بكذا، وسلم العبد، وطالبه بأداء نصف الثمن، فالقاضي يسأل المدعي أن العبد كان مشتركاً بينكما شركة ملك أو شركة عقد مفاوضة أو عناناً، إن قال: شركة ملك لابد لصحة الدعوى من أن يقول في الدعوى: إن العبد قائم في يد المشتري وقت طلب الثمن الذي هو دليل الإجازة؛ لأن العقد في نصيبه إنما ينفذ وقت الإجازة، وإنما ينفذ إذا كان محله قائماً في هذه الحالة، ولابد من ذكر قبض البائع الثمن؛ ليصح مطالبته إياه بأداء نصف الثمن، وإن قال شركة عقد لا حاجة إلى ذكر قيام العبد وقت طلب الثمن[1]؛ لأن العقد قد نفذ في النصيبين حال وجوده، ولكن بشرط ذكر قبض الثمن ليصح مطالبته بأداء نصف الثمن.

١٦٧٤٧ - رجل ادعى على غيره أن وصيّ باع من أقمشتي منك كذا كذا في حال صغري بكذا وكذا، وإنه قد مات قبل استيفاء شيء من الثمن، فادفع إليّ ثمن أقمشتي، فقد قيل: لا يصح هذا الدعوى؛ لأن بعد موت الوصي حق قبض ثمن ما باع الوصي يكون لوارثه أو لوصيه، فإن لم يكن له وصي أو وارث فالقاضي ينصب له وصياً.

قال رضي الله عنه: وعلى قول من يقول من المشايخ: في الوكيل بالبيع إذا مات قبل قبض الثمن، فحق القبض ينتقل إلى الموكل، ينبغي أن يقال ههنا: حق القبض ينتقل إلى الصبي بعد بلوغ الصبي، ويصح الدعوى.

١٦٧٤٨ - وفي الأقضية لأهل الكوفة: رجل ادعى على رجل أنه أمر فلاناً، فأخذ منه كذا كذا من المال، فإن كان المدعى عليه الآمر سلطاناً، فالدعوى عليه

(١) هكذا في ظ، وكان في الأصل رسوم العين.

مسموعة، وإن لم يكن سلطانًا، فالدعوى عليه غير مسموعة، ووجه ذلك أن أمر السلطان إكراه؛ لأن المأمور يعلم أنه لو لم يمتثل أمره يعاقبه استعظامًا، هذا هو عادة السلاطين، والثابت من طريق العادة كالثابت نصًا، ولو هدده السلطان بالعقوبة على أن يأخذ مال الغير أو يتلفه، فقعل كان الضمان على السلطان دون المأمور، كذا ههنا.

وإذا كان الضمان في هذه الصورة على السلطان كان الدعوى عليه صحيحًا، فأما غير السلطان فليس بإكراه؛ لأنه لا يعاقب المأمور لو لم يمتثله، فكان مجرد أمر، وإنه لم يصح؛ لأنه لم يملك أخذ مال الغير وإتلافه، والأمر بما لا يملكه الأمر لغو، فخرج الأمر من البين، وبقي الفعل مقتصرًا على المأمور، فكان الضمان عليه دون الآمر، فلا يصح دعوى الضمان على الآمر، وإن كان ادعى الضمان على المأمور، بأن ادعى على رجل أن فلانًا أمرك، وأخذت من مالي كذا وكذا، فإن كان الآمر سلطانًا، فدعوى الضمان على المأمور لا يصح، وإن لم يكن سلطانًا، فدعوى الضمان عليه صحيح، وهو بناء على ما قلنا.

١٦٧٤٩ - رجل ادعى دارًا في يد رجل من تركة والده، أنه اشتراها من والده في مرضه، وأنكر باقي الورثة ذلك، فقد قيل: لا يصح هذه الدعوى؛ لأن المرض قد يكون مرض موت، وقد يكون غير مرض موت، وبيع المريض مرض الموت من وارثه وصية له بالعين عند أبي حنيفة رضي الله عنه حتى قال: بيعه من الوارث لا يجوز، وإن كان بمثل القيمة إلا بإجازة باقي الورثة، وكان هذا دعوى الوصية على أحد التقديرين، فلا يصح بالشك، وقيل: ينبغي أن يصح الدعوى؛ لأن تصرف المريض مع ورثته ينعقد بوصف الصحة حتى لو أجاز بقية الورثة ذلك ينفذ، وإن لم يجيزوا يبطل، فالبطلان يعارض عدم الإجازة بشرط أن يكون المرض مرض الموت، فما لم يعلم أن هذا المرض مرض الموت كان للمتصرف فيه حكم الصحة، فيكون الدعوى صحيحًا.

١٦٧٥٠ - رجل باع عقارًا وابنه أو امرأته أو بعض أقاربه حاضر يعلم به، ووقع التقابض بينهما، وتصرف المشتري زمانًا، ثم إن الحاضر عند البيع ادعى على المشتري أنه ملكه، ولم يكن ملك البائع وقت البيع، اتفق المتأخرون من مشايخ سمرقند على أنه لا يصح هذا الدعوى، ويجعل سكوته كالإفصاح بالإقرار أنه ملك البائع، ومشايخ بخارى

أفتوا بصحة هذه الدعوى.

قال الصدر الشهيد في واقعاته : إن نظر المفتي في المدعى، وأفتى بما هو الأحوط، كان أحسن، وإن لم يمكنه ذلك يفتي بقول مشايخ بخارى، فإن كان الحاضر عند البيع، جاء إلى المشتري، وتقاضاه الثمن بأن بعثه البائع إليه، لا يسمع دعواه بعد ذلك الملك لنفسه، ويصير مجيزاً للبيع بتقاضي الثمن، فلا يصح دعواه بعد ذلك الملك لنفسه.

١٦٧٥١ - وفي فتاوى الفضلي : سئل عمّن ادعى على آخر أربعين حملاً في بطون أمهاتها غير مولودة، قال: لا يسمع دعواه إلا أن يدعي إقرار المدعى عليه بذلك، ويقيم البينة على إقراره، وهذا إشارة إلى أن دعوى الملك بسبب الإقرار صحيح، وهذا فصل اختلف المشايخ فيه، ومسائل الكتب فيها متعارضة، وسيأتي بيان ذلك بعد هذا - إن شاء الله تعالى - .

١٦٧٥٢ - ادعى على آخر ألف درهم ثمن عبيد اشتراه منه، وقبضه صح الدعوى، وإن لم يعين العبيد، ولم يبين صفته؛ لأن هذا في الحقيقة دعوى الدين لما كان العبد مقبوضاً.

١٦٧٥٣ - دار في يدي رجل ادعاها رجل، فأقام صاحب اليد بينة على المدعي أني اشتريت هذه الدار من وصيك في حال صغرك بكذا، إلا أنه لم يسم الوصي، وأقام على ذلك بينة، فهل يسمع دعواه وبينته؟ اختلف المشايخ فيه، وكذلك إن ادعى أن فلاناً باع هذه الدار مني بإطلاق القاضي في حال صغرك، ولم يسم القاضي، وأقام على ذلك بينة، هل تصح دعواه؟ وهل تسمع بينته؟ واختلف المشايخ فيه.

وعلى هذا إذا شهد الشهود على الوقف، ونسبوا الواقف إليه إلى المتولي إلا أنهم لم يسموا الواقف، أو سموا الواقف دون المتولي، ففيه اختلاف المشايخ، والحاصل أن في دعوى الفعل والشهادة على الفعل، هل يشترط تسمية الفاعل؟ ففيه اختلاف المشايخ، وأجوبة الكتب فيه متعارضة، ذكر الخصاف في كتاب أدب القاضي في باب الشهادة على الحقوق، وأنه إذا شهد شاهدان على رجل لرجل أن قاضياً من القضاة قضى لهذا الرجل على هذا الرجل بألف درهم، أو شهد شاهدان أن قاضي الكوفة قضى

لهذا الرجل على هذا الرجل بألف درهم، فالقاضي لا يقبل هذه الشهادة حتى يسموا القاضي الذي قضى به، وينسبوه.

قال ثمة: وليس هذا في هذا الموضع وحده بل الحكم في جميع الأقضية هكذا، فإذا شهد الشهود على فعل لابد وأن يسموا القاضي وينسبوه، ولو لم يسموا لا تقبل شهادتهم، وذكر محمد في كتاب الحدود إذا أقام المدعى عليه بينة أن شهود المدعي محدودون في القذف، لابد وأن يسموا من حدهم، فهذه المسائل دليل على أن تسمية القاضي شرط.

١٦٧٥٤ - وذكر محمد في "الزيادات": إذا ادعى على رجل أنه وارث فلان الميت، وأن قاضي بلد كذا قضى بوراثته، وجاء بشاهدين يشهدان أن قاضي بلد كذا أشهدنا على قضائه، أن هذا الرجل وارث فلان الميت، لا وارث له غيره، فالقاضي يجعله وارثا، ولم يشترط تسمية ذلك القاضي، وذكر في دعوى الأصل في آخر باب دعوى النكاح[١]: إذا ادعى رجل أمة في يدي رجل، وجاء بشهود شهدوا عند القاضي أن قاضي بلد كذا قضى بهذه الأمة لي، صح دعواه، ولم يشترط تسمية القاضي، وذكر في إقرار "المنتقى": رجل ادعى دارا في يدي رجل أنها لي، اشتريتها من وكيلك بألف درهم، ولم يسم الوكيل، وشهد له الشهود على الشراء، ولم يسموا الوكيل، تسمع دعواه وشهادة شهوده، وذكر الصدر الشهيد في "واقعاته" في باب الوقف بعلامة السين إذا كتب صك الوصاية، أو صك التولية، ولم يذكر فيه جهة الوصاية والتولية، لا يصح الصك؛ لأن الوصي قد يكون من جهة القاضي، وقد يكون من جهة الأب، وأحكامهما مختلفة، وكذلك المتولي قد يكون من جهة القاضي، وقد يكون من جهة الواقف وأحكامهما مختلفة، وإن كتب أنه وصي من جهة الحاكم، أو أنه متولي من جهة الحاكم، ولم يسم الحاكم الذي نصبه، ولا الذي ولاه جاز، قال رحمه الله ثمة: وعلى هذا القياس إذا احتيج إلى كتابة القضاء في المجتهدات كالوقف وإجارة المشاع ونحوه كتب: وقضى قاضي من قضاة المسلمين بصحته وجوازه، يجوز ذلك وإن لم يسم ذلك القاضي، فهذه المسائل كلها تدل على أن تسمية القاضي ليس بشرط لصحة الدعوى

(١) وفي م: "دعوى النتاج".

والشهادة، فتأمل عند الفتوى.

وفي دعوى السعاية لا يشترط ذكر قابض المال ونسبه؛ لأن وجوب الضمان على الساعي بصنعه، ولا تعلق له بالقبض والأخذ، وفي دعوى المال في الإجارة المفسوخة لا يشترط ذكر حدود المستأجر.

١٦٧٥٥ - ادعى على آخر عشرة دراهم ثمن مبيع مقبوض، ولم يبين المبيع أنه ما هو؟ فقد قيل: لا يصح الدعوى؛ لأنه يحتمل أن يكون المبيع خمراً أو ميتة وبيعهما لا يوجب الثمن على المشتري فيما بين المسلمين، وقد قيل: يصح الدعوى، وهو الأصح؛ لأن بيع الخمور والميتات لا يجري بين المسلمين على ما عليه ظاهر حالهم، والبناء على الظاهر واجب حتى يقوم الدليل على خلافه، وفي دعوى قيمة الأعيان لابد من بيان الأعيان؛ لأن الإنسان قد يظن عيناً أنه من ذوات القيم، ويكون في الحقيقة مثلياً إذا قال: مراده دينار وزيد مي بايد ثمي دانم كه از زيد مي بايد يا از جعفر با زهر بكي إذا ايشان را دعوي مي كنادبر تعيين در مجلس ديكر، يصح دعواه؛ لأنه قد يشتبه على الإنسان ذلك، ثم يزول الاشتباه بالتفكر.

١٦٧٥٦ - ذكر محمد في كتاب الدعوى: وإذا كان الحائط بين رجلين، فادعى رجل على أحدهما أنه أقر أن الحائط له، وأقام على ذلك بينة: قضى بنصيبه لا غير؛ لأنه ثبت إقراره بالبينة، وإقرار أحد الشريكين في نصيبه صحيح، وهذه المسألة تصير رواية في فصل اختلاف المشايخ فيه أن من ادعى عيناً في يد إنسان أنه له لأن صاحب اليد أقر به لي، أو ادعى عليه دراهم، وقال في دعواه: لي عليه كذا من الدراهم لأنه أقر بها لي أو قال: ابتداء أن هذا الرجل أقر أن هذا العين لي، أو قال: أقر أن لي عليه كذا من الدراهم هل يصح هذا الدعوى.

بعض مشايخنا قالوا: يصح، وفي بعض الكتب أشار إلى هذا من جملة ذلك هذه المسألة، ألا ترى أن محمداً سمع الدعوى وسمع البينة في هذه المسألة، وقد ادعى المدعي إقرار المدعى عليه، وعامتهم على أن هذه الدعوى لا تصح، ولا تسمع هذه البينة؛ لأن نفس الإقرار لا يصلح سبباً لاستحقاق المدعى به؛ فإن بالإقرار كاذباً لا يثبت الاستحقاق للمقر له، فقد أضاف الدعوى إلى ما لا يصلح سبباً للاستحقاق، فلا

يصح .

وأجمعوا على أنه لو قال : هذا العين ملكي ، وهكذا أقر به صاحب اليد ، أو قال : لي عليه كذا ، وهكذا أقر به المدعى عليه أنه يصح الدعوى ، ويسمع البينة على إقراره ، ولو قال في الدعوى : إن صاحب اليد قال : هذا العين لك ، وجعلت هذا العين لك ، يسمع ذلك منه ؛ لأن هذه دعوى الهبة ، والهبة سبب الملك ، ودعوى الملك مضافا إلى سبب صحيح ، أما الإقرار لا يصلح سببًا للملك ، ودعوى الملك مضافا إلى ما لا يصلح سببًا له لا يصح .

وكذلك اختلف المشايخ في دعوى الإقرار في طرف الدفع أنه هل يصح؟ بعضهم قالوا : لا يصح كما في طرف الاستحقاق ، وعامتهم على أنه يصح دعوى الإقرار في طرف الدفع ، وقد ذكر محمد رحمه الله في الكتب مسائل تدل على ذلك ، فمن جملته ما ذكر ابن رستم في نوادره عن محمد

وصورتها : رجل ادعى في يدي رجل دارًا أو متاعًا ، وأقام البينة عند القاضي ، وقضى القاضي له بذلك ، فلم يقبضه حتى أقام ذو اليد بينة على المدعي أنه أقر أنه لا حق له فيه ، قال : إن شهدت شهوده على إقرار المدعي بذلك قبل قضاء القاضي ، بطلت شهادة شهود المدعي ، وذكر في كتاب الوكالة في الوكيل بالخصومة في الدار إذا أقام بينة على أن الدار ملك موكله ، وأقام المدعى عليه بينة على إقرار الوكيل أن الدار ليست لموكله ، بطلت بينة الوكيل .

١٦٧٥٧ - وذكر في آخر الجامع : رجل ادعى دارًا في يدي رجل ميراثًا عن أبيه ، وأقام على ذلك بينة ، وأقام الذي في يديه بينة أن أب المدعي أقر في حال حياته أن الدار ليست له ، أو أقام بينة على إقرار المدعي أنها ليست له ، بطلت بينة المدعي ، وذكر بعض مشايخنا في تعليل هذه المسألة لو كان الميت حيًا ، وأقام بينة على الذي الدار في يديه أن الدار داره ، وأقام ذو اليد بينة على إقرار المدعي أنها ليست له ، بطلت بينة المدعي .

وفي دعوى المنتقى : أن من ادعى على آخر عينًا في يده أن هذا العين ملكه ، وأن صاحب اليد غصبه ، وأقام البينة على ذلك ، وأقام الغاصب بينة أن المالك أقر أن هذا

الأمين إلى [illegible] فبان [illegible]، وأقر بن[1] الغصب في يديه، وهذا طريق الدفع، ودعوى الإقرار بطريق الدفع مسموع.

١٦٧٥٨ - وفي دعوى الدين إذا قال المدعى عليه: إن فلانًا أقر باستيفاء هذا المال منه، وأقام البينة عليه، فقد قيل: إنه لا يسمع بينته؛ لأن هذا دعوى الإقرار في طرف[2] الاستحقاق؛ لأن الديون تقضى بأمثالها، فيصير المدعي مضمونًا على القابض دينًا للدافع على ما عرف، فلا يحصل هذا دعوى الدين لنفسه، وكان هذا دعوى الإقرار في طرف[3] الاستحقاق من حيث المعنى - والله أعلم -.

(١) وفي ف: "وأقر بالغصب".

(٢) هكذا في طوم، وكان في الأصل وف: "طريق".

(٣) هكذا في طوم، وكان في الأصل وف: "طريق".

فهرس المحتويات

الفصل الرابع في بيان من يكون وكيلا ومن يصلح لذلك ٣
ومن لا يكون وكيلا ومن لا يصلح لذلك ٣
الفصل الخامس في بيان من يصح منه التوكيل ومن لا يصح ٩
الفصل السادس في بيان ما يجوز من الوكالات وما لا يجوز ١٠
الفصل السابع في التوكيل بالخصومة ١٧
الفصل الثامن في التوكيل بقبض الدين وتقاضيه، وفي التوكيل بقبض العين ٢٤
وفي التوكيل بإثبات الدين وقضاء الدين والرسول في ذلك ٢٤
الفصل التاسع في التوكيل بالإنفاق والصدقة ٤٣
وما يتصل بهذين الفصلين في "المنتقى" ٤٤
الفصل العاشر في التوكيل بالشراء ٤٥
نوع منها: في جهالة جنس ما وكل به ٤٥
نوع آخر في بيان ما يكون توكيلا وما لا يكون ٥١
نوع آخر ٥١
نوع آخر ٥٣
نوع آخر في التوكيل بشراء شيء بعينه ٥٣
إذا أراد أن يشتري ذلك الشيء لنفسه ٥٣
نوع آخر ٥٧
يتصل بهذا النوع ٥٧
نوع آخر ٥٧
نوع آخر في هلاك الثمن في يد الوكيل ٦٠
واستهلاكه إياه وفي هلاكه قبل التسليم ٦٠

نوع آخر في تأخير الثمن عن الوكيل وحطه عنه وهبته منه وما يتصل بذلك: ٦٤
نوع آخر في إشهاد المشتري أن العبد المشتري لفلان ثم يمنعه من فلان: ٦٦
نوع آخر في الوكيل بالشراء يزيد البائع في المبيع أو يزيده في الثمن ٧٤
نوع آخر في التوكيل بالشراء من مال الوكيل: ٧٦
نوع آخر في مخالفة الوكيل بالشراء في الثمن: ٧٧
نوع آخر في مخالفة الوكيل في الثمن: ٨١
نوع آخر في تقييد الوكالة: ٨٢
نوع آخر في الجمع بين الإشارة والتسمية في ثمن ما وكل بشراءه: ٨٣
ومما يجانس هذا النوع ولم يكن من مسائل الوكالة: ٨٧
نوع آخر في التوكيل بالشراء فيما له حمل ومؤنة ٨٨
إذا استأجر حمولة لحمل المشترى: ٨٨
نوع آخر في التوكيل بالشراء بالدين الذي للموكل على الوكيل: ٨٩
نوع آخر في الاستحقاق المشترى بعد ما هلك في يد الوكيل بالشراء: ٩١
الفصل الحادي عشر في التوكيل بالبيع ٩٤
نوع آخر: ٩٦
نوع آخر في الوكيل بالبيع إذا خالف في الثمن، وفي تغيير المبيع بعد التوكيل
قبل البيع: ١٠١
نوع آخر إذا حصل التوكيل بشرط ما يجب اعتباره وما لا يجب: ١٠٢
نوع آخر ١٠٤
يتصل بهذا النوع: ١٠٤
ومما يتصل بهذا النوع: ١٠٩
نوع آخر في الوكيل بالبيع يمتنع عن أخذ الثمن وتسليمه ١١٠
نوع آخر في ضمان الوكيل الثمن للموكل ونقده الثمن من غير ضمان ١١١
وصلحه عن الثمن مع الآمر وإحالته الآمر على المشتري بالثمن: ١١١
نوع آخر في إقرار الوكيل بالبيع على موكله بما يوجب براءة المشتري
وفي إقرار الموكل على الوكيل بما يوجب براءة المشتري: ١١٣

نوع آخر في إبراء الوكيل المشتري عن الثمن ، وفي هبة الثمن منه وفي وقوع المقاصة ١١٩
بين الثمن وبين دين الوكيل أو الموكل ، وفي إقالة البيع مع المشتري : ١١٩
نوع آخر في الخيار في الوكالة : ١٢١
نوع آخر في الوكيل بالبيع إذا باع بعض ما وكل ببيعه أو جميعه متفرقًا ١٢٣
نوع آخر في الوكيل بالبيع يزيد في المبيع : ١٢٥
نوع آخر في الوكيل بالبيع يرد عليه بالعيب : ١٢٥
الفصل الثاني عشر في التوكيل ببيع العبد من نفسه وفي توكيل العبد الأجنبي . . . ١٣٢
بشراء نفس العبد للعبد ١٣٢
الفصل الثالث عشر في بيان حكم وكيل الوكيل والموكل الأول والموكل الثاني معه . ١٣٩
الفصل الرابع عشر في توكيل بعقد توكيل بشيء واحد ، وفي الوكيل بشراء شيء . . ١٤٤
في ملك الوكيل بشيء من ذلك يوم وكل ١٤٤
الفصل الخامس عشر في انعزال الوكيل ، وخروجه عن الوكالة حكمًا لا قصدًا . ١٤٧
الفصل السادس عشر في جمع الوكيل بين ما أمر به وبين غيره ، وفي جمعه
بين ما أمر به من جهة مخصصة في العقد وفي الزيادة من الوكيل . . ١٥١
الفصل السابع عشر في توكيل الأب والوصي في أمور الصغير ١٥٦
الفصل الثامن عشر في الاختلاف الواقع بين الوكيل والموكل ١٥٧
الفصل التاسع عشر في الشهادة على الوكالة ١٦٤
الفصل العشرون في الوكالة الموقوفة ١٦٩
الفصل الحادي والعشرون في التوكيل بالمجهول ١٧١
الفصل الثاني والعشرون توكيل الرجلين إذا فعل أحدهما ما وكله به ١٧٣
الفصل الثالث والعشرون في الوكالة يمضي صاحبها على التصديق والتكذيب
أو من غير تصديق وتكذيب ١٧٦
مسائل هذا الفصل أقسام أربعة : ١٧٦
القسم الثاني من هذا الفصل : ١٨١
القسم الثالث من هذا الفصل ١٨٥
القسم الرابع من هذا الفصل ١٨٦

الفصل الرابع والعشرون فيما للوكيل أن يفعل وما ليس له ذلك والوكيل بالبيع . ١٨٨
إذا نقد الثمن من مال نفسه الفصل الخامس والعشرون ١٩١
في التوكيل بالعقود ببدل مجهول ١٩١
الفصل السادس والعشرون ١٩٥
في التوكيل بالإجارة والاستئجار والمزارعة والمعاملة ١٩٥
الفصل السابع والعشرون ١٩٨
في التوكيل بالنكاح والطلاق والعتاق و[illegible] والخلع ١٩٨
عامة مسائل النكاح قد مرت في كتاب النكاح ١٩٨
الفصل الثامن والعشرون ٢٠٥
في التوكيل بالصلح ٢٠٥
الفصل التاسع والعشرون ٢١٢
في البضاعة ٢١٢
الفصل الثلاثون ٢١٧
في المتفرقات ٢١٧
كتاب الكفالة والضمان ٢٢٧
الفصل الأول ٢٢٩
في بيان ركن الكفالة وشرائط جوازها وحكمها ٢٢٩
الفصل الثاني ٢٣٤
في الألفاظ التي تقع بها الكفالة ٢٣٤
الفصل الثالث في بيان من يصح الكفالة منه ومن لا يصح ٢٣٩
الفصل الرابع في الكفالة بالنفس ومطالبة الكفيل بالتسليم وصحة التسليم
وعدم صحته ٢٤٤
الفصل الخامس في الكفيل بالمال وأداء الكفيل ما كفل به ٢٥١
الفصل السادس في الأجل والخيار والكفالة ٢٥٤
الفصل السابع في تعليق الكفالة بالشرط ٢٦٢
الفصل الثامن في الكفالة بالمال على أن يعطيه من وجه كذا ٢٧٤

الفصل التاسع في الكفالة بما ذاب لك على فلان أو ما أقر لك به فلان
أو ما بايعت فلاناً وما يتصل به ٢٧٧
الفصل العاشر في براءة الكفيل بأداء ومن غير أداء وفي تعليق البراءة بالشرط
وفي هبة الدين من الكفيل ٢٨١
الفصل الحادي عشر في الرجل يأمر الرجل ببيع شيء من ماله على أنه ضامن لما باع ٢٨٩
الفصل الثاني عشر في الكفالة تبطل عن الكفيل بغير براءة من الطالب ٢٩٣
الفصل الثالث عشر في دعوى الكفيل بطلان الكفالة ٢٩٦
الفصل الرابع عشر في أخذ الكفيل ٢٩٨
الفصل الخامس عشر في الدعوى والخصومة في الكفالة وإقامة البينة عليها
والاستحلاف فيها ٣٠٦
الفصل السادس عشر في الجمع بين الكفالة والوكالة في الخصومة ٣١٩
الفصل السابع عشر في مباشرة العقود بشرط الكفالة ٣٢٢
الفصل الثامن عشر في الكفالة مع الجهالة ٣٢٤
الفصل التاسع عشر في كفالة المريض وموت الكفيل المريض مرض الموت ٣٢٦
الفصل العشرون فيما يكون الرجل فيه خصماً في الكفالة ٣٢٩
الفصل الحادي والعشرون في الكفالة بالأعيان ٣٣٤
الفصل الثاني والعشرون في كفالة أهل الذمة ٣٤٦
الفصل الثالث والعشرون في اجتماع الكفلاء ٣٥٠
الفصل الرابع والعشرون في الرهن في الكفالة ٣٥٤
الفصل الخامس والعشرون في رجوع الكفيل بعد الأداء على من هو عليه
المال المتحق منه ٣٥٧
الفصل السادس والعشرون في الأمر بقضاء الدين وفي الأمر بنقد المال وإعطائه ٣٦١
شرط الضمان وما يتصل به ٣٦١
الفصل السابع والعشرون في المتفرقات ٣٧٣
كتاب الحوالة ٣٩٠
الفصل الأول في بيان وجوه الحوالة وحكمها وشرط صحتها ٣٩١

الفصل الثاني في بيان أنواع الحوالة ٣٩٤
الفصل الثالث في بطلان الحوالة بعد وقوعها صحيحة وعدم بطلانها ٤٠٨
الفصل الرابع في دعوى المحتال عليه أن المال من ثمن خمر أو ربا ٤١٠
الفصل الخامس في الضرب بصورة الحوالة ٤١٦
الفصل السادس في الحوالة والكفالة والرهن فيها من المتطوع وغير ذلك ٤١٨
الفصل السابع في الحوالة التي يحتال بها على الكفيل أو على الأصيل ٤٢٦
الفصل الثامن في اليمين والشهادة في الحوالة ٤٣٠
الفصل التاسع في المتفرقات ٤٣٣
كتاب الدعوى ٤٣٩
الفصل الأول في معرفة المدعي والمدعى عليه ٤٤١
الفصل الثاني في بيان صحة الدعاوى وما يسمع منها وما لا يسمع ٤٤٥

***